

**UNIVERSIDAD DE MADRID**  
**FACULTAD DE DERECHO**



TESIS DOCTORAL

**Problemática en torno a los incidentes**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR  
PRESENTADA POR

**Lorenzo Polaino Ortega**

Madrid, 2015



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE



5323730995

TE

4107

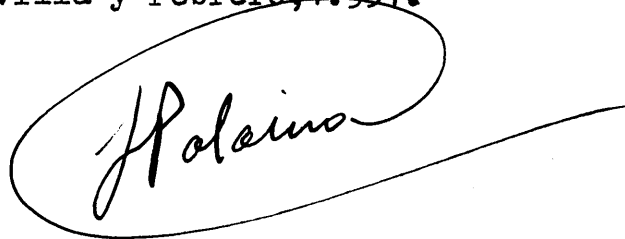
PROBLEMATICA EN TORNO A LOS INCIDENTES.

=====

Problemática en torno a los incidentes.

Trabajo redactado, como tesis para aspirar al grado de Doctor en Derecho, por Don Lorenzo Polaino Ortega.

Sevilla y Febrero, 1.951.

A handwritten signature in cursive script, reading "Polaino", enclosed within a large, loopy oval flourish that extends to the right.

Sumario.

## S u m a r i o .

=====

### Nota previa.

#### I-Premisas.

- Capto. I.- Los incidentes en la práctica y en la teoría procesal.  
 " II.- Teoría de la crisis procesal.  
 " III.- Teoría de los incidentes.  
 " IV.- Incidencias, superincidentes y paraincidentes.  
 " V.- Clases de incidentes.  
 " VI.- El proceso y el procedimiento incidental.

#### II-Problemática.

- " VII.- Sujetos del proceso incidental.  
 " VIII.- Oportunidad y preclusión en su interposición.  
 " IX.- Adecuación del proceso incidental al proceso principal  
 " X.- La "cuadratura del círculo" de Carnelutti.  
 " XI.- "Incidentis incidentis".  
 " XII.- Vía procedimental adecuada.  
 " XIII.- La resolución del incidente y su eficacia.  
 " XIV.- Las costas del proceso incidental.

#### III-Conclusiones.

- " XV.- Política procesal para los incidentes.

### Notas al texto.

### Bibliografía consultada.

### Índice alfabético de autores citados.

### Índice sistemático.

Nota prévia.

Nota previa.

Al final de éste trabajo se inserta relación de la bibliografía consultada, agrupandola en dos apartados, el primero de obras generales -tratados, manuales, comentarios, etc- y el segundo de monografías y artículos de revistas. Tal bibliografía se cita en el texto y en las notas de ésta tesis mediante abreviaturas y siglas.

Tras las citas abreviadas de las obras generales ó monográficas, la primera cifra en caracteres romanos indica el tomo ó volumen a que se hace referencia, y las cifras que le siguen, generalmente en caracteres árabes, indican las páginas de remisión.

Los artículos de revista se han consultado en aquellas cuyas abreviaturas de referencias consignamos a continuación de sus respectivos títulos, y que son las siguientes:

Revista de Derecho Procesal (R. de D.P.)

Revista de Derecho Procesal Argentina (R. de D.P.A.)

Revista de Derecho Privado (R. de D. Pri.)

Revista de Legislación y Jurisprudencia (R. de L. y J.)

Revista General de Derecho (R.G. de D.)

Revista de Derecho Inmobiliario (R. de D.I.)

Revista de los Tribunales (R. de T.)

Cuando se haga remisión a un trabajo publicado en una de éstas revistas, además de indicar a la misma por su abreviatura, se señalará el año a que corresponde ó el tomo de su colección, y las páginas en que el trabajo aparece inserto.

- - - - -

Las alusiones a los textos legales españoles, se harán determinando a estos por sus nombres y por sus fechas si son leyes ó decretos; a la Ley de Enjuiciamiento Civil la indicaremos por "L.de E.C.", al Código Civil se indicará por "C.C.", y al Código de Comercio se indicará por "C.de C.". Los artículos citados sin referencias son ~~///~~ de la L.de E.C.

Cuando aludamos a legislación extranjera, al Código de Procedimiento Aleman, reformado por la Novela de 27-X-1.939 lo citaremos por "Z.P.O."; al Código Procesal Austriaco de 1-VIII-1.895 lo citaremos por "C.P.A."; al Codice di Procedura Civile Italiano de 1940, lo citaremos por "C.P.I." y al Código de Processo Civil Protugués lo citaremos por "C.P.P.". Los restantes cuerpos legales que hubieran de citarse lo serán por sus títulos completos.

Cuando hayamos de referirnos a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, indicaremos á éste alto tribunal por sus iniciales, y con "s." sus sentencias y "a" sus autos, poniendo a continuación la fecha de tales resoluciones.

Si sobre un mismo punto conociésemos varias resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo en igual sentido, solamente citaremos dos, que serán las de fechas mas antiguas y mas recientes.

En caso de citar la jurisprudencia de cualquier otro tribunal español ó extranjero, se indicará el organismo que la pronunció y la fecha de la resolución citada.



I

Premisas.  
=====

### I.- Los incidentes en la práctica y en la teoría procesal.

"Gangrena procesal" llama Prieto Castro a los incidentes (1), y tal diagnóstico médico es conciso, exacto y feliz, pues que cuando un proceso sufre plaga de incidentes que obstaculizan su normal desarrollo, peligra gravemente en su propia existencia, como el ser orgánico atacado de aquella enfermedad. Uno y otro, para salvarse, sin menoscabo de su integridad, requieren un tratamiento técnico adecuado, aunque en el terreno práctico no sea ello totalmente factible, ni en el campo de la medicina ni en el jurídico-procesal.

Y el mal no es moderno. Basta recordar como Manresa recoge la cita de una prestigiada publicación anterior a él (2), según la cual, se quiere que una cuestión judicial no tenga fin, no hay más que multiplicar los artículos, ya que si ello no conduce a nada útil, servirá, por lo menos, para ganar tiempo, é incluso para quebrantar las fuerzas y aniquilar los recursos del coelitigante, para menguar la noble y elevada misión de la abogacia, y para desacreditar la institución mas santa, que es la de administrar justicia.

Utilizando también la terminología médica diré que el mal es endémico, pues ya fué ello una de las grandes preocupaciones de Franz Klim al redactar su "Proyecto de Ordenanza Procesal Civil Austriaca a fines del pasado siglo (3); se manifiesta igualmente en el ámbito de aplicación de las leyes procesales francesas, como efecto retar-

datario en la marcha de los procesos (4); y en el campo de la legislación italiana decía Mattiolo (5), que los incidentes que surgen por causa o con ocasión de la cuestión principal son casi innumerables y variadisimos en su origen, en sus efectos y en su importancia.

Pudiendo decirse del proceso anglosajón en general lo que Guti Alviz afirma del proceso civil norteamericano (6), que en cuanto se desarrolla ante un tribunal unipersonal, el procedimiento está presidido por la nota de máxima oralidad, hasta el extremo de ser muy reducidas las formas estrictamente procesales, se colige que por tal oralidad, mediante la concentración del proceso, se evitan en lo posible las impugnaciones separadas y suspensivas, ya que en una buena concepción de aquél tipo de proceso, como es la anglosajona, no caben los incidentes de carácter previo (7). Pero esto llevaría a considerar el incidente en relación con la naturaleza del proceso donde puede acaecer, lo que se hará mas detenidamente en páginas posteriores.

Y volviendo al proceso español lo mas sensible es que, como observa Bellón (8), los incidentes se autorizaron con el sano propósito de dejar expedito el camino para que, sin interferencias perturbadoras, se pudiera llevar el juicio a término, libre de cuanto no fuera su verdadero fondo (9), pero en la práctica se frustró el buen fin, ya que la habilidad o la malicia curialesca, y la tolerancia excesiva de los jueces, han permitido que se multipliquen los incidentes, utilizandolos como medios de alargar los pleitos y producir dispendios y cansancio al adversario, aun a costa propia, por todo lo cual el incidente disfruta de una triste y bien merecida fama de auténtica plaga procesal, dados los inagotables recursos que brinda a un litigante de mala fé, como indica Guasp (10).

La observación de Bellón tiene para mí tanto más valor cuanto - que procede de persona que, por su larga experiencia en la vida judicial, conoce plenamente el aspecto práctico de la cuestión, aspecto que estimo tan importante como el meramente teórico para su completo entendimiento; y la de Guasp la valoro como la que mas certamente ha enfocado la materia desde el punto de vista doctrinal. A ambas conjuntamente las considero, pues que comparto la opinión de que una vez divorciada la práctica y la teoría, el teorizante se convierte en un espectador de abstracciones, y el práctico se fortifica en su convencimiento de que debe dejar la cosa como la encontró (11): ni por un camino ni por el otro, aisladamente, se puede - llegar a un deseado y metódico progreso en el planteamiento y resolución del problema.

El ejercicio de mi profesión me ha permitido contemplar la materia desde el angulo visual de la práctica procesal, pero las propias aficiones y vocación me impulsaron hacia su estudio doctrinal, y como fruto de la doble observación llegué a coincidir en que la figura del incidente es, en derecho procesal, una de las que mas dificultades ofrece para su enfoque teórico y para una ordenación práctica satisfactoria, y que lo que se requiere, a fin de sustentar la explicación de ésta figura sobre bases que proporcionen un sólido fundamento a la construcción ulterior, es partir de una idea general - poco elaborada aún por la doctrina, é ignorada totalmente por nuestro derecho positivo, idea que es, a pesar de ello, la única que proporciona el instrumento adecuado para explicar con acierto, en el sistema del proceso la noción del incidente: tal idea es la crisis ó desarrollo anormal de la institución procesal (12), de la que me ocuparé mas adelante.

Contemplando la figura incidental desde mi doble punto de vista, trato de resaltar ahora los principales problemas que su estudio - plantea, pero no en una exposición casuística y agotadora, cosa difícil en sí y que a nada conduciría, sino que, sin olvidarme de ellos, é incluso trayendo algunos a mis notas a modo de ejemplo, procuraré elevarlos al mas alto nivel de las circunstancias doctrinales que los motivan, a fin de intentar fórmulas generales de solución aplicables a todos ellos, siguiendo la técnica que preconizó como <sup>ac</sup> ~~mer~~- tada el procesalista últimamente citado (13), y que es la que él - mantiene en su labor comentadora de nuestra L.de E.C.

Para el mejor desarrollo de mi propósito dividiré mi trabajo en tres partes: la primera comprenderá lo que he llamado "premisas", por descansar sobre ellas la construcción fundamental del mismo; en la segunda plantearé los, a mi juicio, mas importantes problemas que se presentan en torno a los incidentes, y en la tercera, mucho mas - breve, expondré aquellas directrices de una buena política procesal sobre la figura incidental, que evitaría-~~no~~ facilitarían la resolución de tales problemas.

A veces traeré también a notas del texto el enfoque que de aquellos problemas haya dado algún autor cuyas opiniones no se recogieran, impugnándolas ó glosándolas, en el texto mismo; ó sus repercusiones en las legislaciones y proyectos extranjeros, cuando ello me parezca interesante ó sirva para contrastar la opinión propia; y muchas mas anotaré mi tesis con vistas al articulado de las leyes - procesales españolas, si por su importancia no se han incorporado al texto mismo, y también con referencia a la jurisprudencia del - Tribunal Supremo, que con lo tratado tuviera relación.

En cambio renuncio al estudio de la figura incidental desde el punto de vista histórico. Y ello por las siguientes razones: toda institución -y dentro del concepto amplio de ésta puede incluirse al incidente, que al fin y al cabo entre nosotros se estructura en un verdadero proceso incidental- puede contemplarse desde la mera perspectiva dogmática -posición del investigador doctrinario-, ó desde el sólo punto de vista histórico -posición del investigador de historia-, ó desde los dos ángulos visuales conjuntamente, y en éste último caso cabe, a la vez, que el proceso se estudie en tres formas distintas: o tomando como base "un solo y determinado proceso", lo que es la función perfecta que corresponde al juez (14), o tomando el proceso incidental en abstracto y en toda su evolución histórica, legal y práctica, para interpretar su sentido más ó menos completo, que es el enfoque de la filosofía de la historia, o, tomando también el incidente en éste último sentido, para deducir de su estudio enseñanzas útiles, que es la misión de la historia didáctica.

Indudablemente esta última posición sería la preferible en el presente caso, pero ello requeriría, para que la labor fuera honradamente científica, una tarea que escapa a los límites del propósito de ahora, y que estaría intimamente ligada al estudio de la historia, aun por investigar, del derecho procesal, en atención a -cuya razón he de renunciar al intento (15). La falta de investigación histórica a que acabo de aludir excluye toda posibilidad de filosofar sobre su interpretación, y la posición que al juez -se le señalaba es muy distinta a aquella en que pretendo colocarme de antemano.

Todo ello, claro está, sin que deje de comprender la importancia que Planck y Allorio daban al estudio de la historia del derecho procesal, pero estimando que con un solo criterio puramente dogmático pueden estudiarse todas las realidades jurídicas, cualquiera que sea su evolución en el tiempo y en el espacio (16).

- - - -

En cuanto a bibliografía, he consultado la latina é hispano-americana que he podido conseguir (17), representada por los tratados generales y por las monografías que <sup>al</sup> final se relacionan y a que se remiten las notas del texto, pero debo aclarar que en ninguna de estas monografías se estudia el incidente en sí mismo, de forma integral y sistemática, sino que lo contemplan desde el punto de vista parcial de cada una, como en lo referente a sus costas, por ejemplo, cuando no se limitan a una sola de sus especialidades, tal cual los incidentes de nulidad ó de recusación, en cuyo caso fijan la atención en lo específico con total descuido de los genéricos.

De los tratados generales, algunos como el de Mattirolo, extenso y minucioso, tiene aun cierto sabor procedimentalista; otros como el "Sistema" de Carnelutti, comenten, a mi juicio, el error de anteceder y distanciar el estudio del incidente (apartado B) núm. 2, sección 2ª, capítulo 1º) respecto al de su base procesal: la crisis del proceso (capítulo 3º), y todos ellos no dedican a la materia mas páginas que las que son permitidas por la proporcionalidad que la sistemática y el plan de su generalidad imponen. Dentro de esta brevedad el estudio que estimo mas perfecto del incidente es el de Guasp al comentar el título III del libro II de la L. de E. - C. (18).

- - - -

Réstame, por último, decir ahora, cómo pienso que para una buena - construcción y una exacta interpretación del incidente, desde los puntos de vista legal y doctrinal, no basta sólo con su estudio, análisis y tratamiento teórico y práctico, sino que además se requiere en su realización algo más serio que ciertas modificaciones intrascendentes, ya que sus problemas, como observara Ayarra-garay (19) respecto a los procesos en general, son problemas de conciencia, de concepto y de honradez.



## II.- Crisis del proceso.

Al considerar la crisis del proceso como el elemento básico sobre el cual había que construir toda la teoría del incidente, para que ésta fuese cierta y sólida, recordé la afirmación de Guasp (1), según la cual aquella teoría estaba aún poco elaborada por la doctrina y era totalmente desconocida por nuestro derecho positivo. Pero ello no quiere decir que sobre la materia no se encuentren antecedentes, a veces muy estimables, que conviene compulsar para la propia adhesión al criterio estimado como más certero y perfecto.

Realmente un estudio parcial de la crisis del proceso se ofrece al lector español hace ya cerca de cuatro lustros, con la edición castellana de ~~el~~ libro de Kisch (2) que bajo el concepto de "Paralización del proceso en sentido amplio" admite tres clases; "la interrupción, la suspensión y la paralización en sentido estricto", operándose la primera de oficio -ejemplo, caso de muerte del litigante personado por sí mismo-; la segunda a instancias de partes -v.g., -muerte de un litigante personado mediante Procurador-, y la tercera por común acuerdo de ambas partes, con causa justificada y aprobación judicial, ó por contumacia de ambas.

Dentro de la misma doctrina alemana, Goldschmidt (3) mantiene la misma teoría de Kisch sin variaciones esenciales, y también sin tales modificaciones la reproduce otro procesalista germano, Schonke

(54), para quien la "interrupción" es una forma de reposo del proceso que se produce por virtud de la ley, y el que estima que la caducidad de instancia es una forma de terminación por "paralización estricta", pero sin llegar a considerarla en sí como una propia manifestación de crisis procesal.

La doctrina francesa, a pesar de lo reciente de la edición del libro de Morel (5), en la teoría sobre la "interrupción de l'instance" se limita a seguir los precedentes alemanes, aunque ya no eran ni los mas recientes ni los mas logrados como veremos a continuación.

En efecto, ya diez años antes que apareciera el libro de Morel, el originalismo Carnelutti (6) dedica un capítulo de su "Sistema" a la crisis del proceso, distinguiendo como formas de la misma "la suspensión, la conversión y la cesación", teoría ésta que perfeccionará mas adelante (7), definiendo la crisis como "un modo de ser anormal, por el que se detiene el curso del proceso, total ó definitivamente". Al perfeccionar su teoría sobre la crisis del proceso, Carnelutti dice que ésta puede manifestarse en una de las siguientes formas:

A) Suspensión, por ~~///~~ impedimentos al desarrollo de la actividad en que el proceso consiste, y que pueden ser:

a) Impedimentos físicos: los sucesos que hagan imposible ó extraordinariamente difícil la actividad del órgano, como por ejemplo la guerra.

b) Impedimentos lógicos: que existen cuando hayan de aportarse elementos sobre los que el juez tenga que fundar su decisión, tomando los de otros procesos distintos, tales las cuestiones prejudiciales é incidentales.

c) Impedimentos jurídicos: cuando no existen los anteriores, pe-

ro conviene la detención del procedimiento, ya para que se produzcan mejores condiciones en cuanto a su desarrollo, ya en atención a otros fines; tal por ejemplo el emplazamiento al citado de evicción.

B) Interrupción: que obedece a modificaciones subjetivas u objetivas durante el curso del procedimiento, y que se pueden manifestar:

a) mediante cambio de juez, ejemplo incompetencia posterior por variación en la cuantía.

b) mediante cambio de parte, que puede ser física, como la muerte, ó jurídica, como la transformación por mayoría de edad.

c) cambio de defensor o de representante de cualquiera de las partes personadas.

d) cambio de procedimiento, como por ejemplo el operado por virtud de una ley procesal promulgada durante el curso de la tramitación del proceso.

C) Extinción: Que es la cesación anticipada del proceso, por virtud de una causa que impide definitivamente la continuación del mismo, tales:

a) el desistimiento, por parte del actor.

b) el allanamiento, por parte del demandado.

c) la deserción, por ser declarado desierto un recurso interpuesto en el proceso, y

d) la perención o caducidad de instancia.

La teoría de Carnelutti es la que sigue De la Plaza entre nosotros, al afrontarse por primera vez el tema de la crisis del proceso en un texto español (8); como, en cambio, Zanzuechi (9) sigue la teoría de Guasp, aunque expuesta mucho mas brevemente, al versar sobre -

<sup>resor</sup>  
"sospingimento anormale del procedimento di cognizione" por alteración de sus elementos constitutivos -subjetivos ú objetivos- ó de su "audamento"; como una forma de estas anormalidades objetivas - considera la "demanda di accertamento incidentale", indicando luego enumerativamente cuales "questione incidentali" producen una "sospensione necessaria ope legis".

Paréceme la teoría de Guasp sobre la crisis del proceso la mas certera y la mas lograda hasta ahora, por las siguientes razones: certera por su colocación como premisa inmediatamente antecedente al estudio de los incidentes, pues si hay que admitir una mayor - gravedad, por su trascendencia, en otros tipos de crisis procesales, cuales los que extinguen totalmente el proceso -desistimiento, allanamiento y caducidad-, sin embargo por su abusiva frecuencia solo el tipo de crisis procesal que Kleim llamaba "etapas muertas del proceso" (10) puede competirle, y este tipo está aun por estudiar, aunque entre nosotros tengamos ya una base estadística parcial para ello (11). Y me parece la teoría de que me ocupo la mas lograda, porque su enfoque es mas integral y su análisis mas profundo, aunque tal vez padece de falta de concreción, quizás porque esta concreción ha de ir a los comentarios inmediatos de los artículos de la ley sobre que aquella teoría tenga aplicación. Aquí se - confirma claramente la observación de Alsina (12), según la cual en el libro de Guasp hay superpuestas dos grandes obras, un tratado de derecho procesal, y unos comentarios a la ley: la teoría de que me ocupo seria un capítulo de aquél tratado.

La teoría de Guasp puede sintetizarse é interpretarse así (13): el proceso se ordena por el legislador para experimentar una evo-

lución normal, mediante la cual, a través de las fases usuales en que se desarrolla progresivamente, se alcanza la meta adecuada a las actividades que en él se despliegan; pero este devenir normal del proceso puede sufrir, y sufre de hecho, alteraciones mas o menos profundas, que hacen del ciclo procesal, total ó parcialmente considerado, un ciclo anormal, distinto ó discrepante del que, como esquema ó modelo, se ofrece en el ordenamiento jurídico para el tipo de que se trata.

Estas anormalidades pueden ocurrir en cualquiera de los siguientes momentos:

A) En la iniciación del proceso, por ejemplo, cuando éste se pone en movimiento por una actividad espontánea del órgano jurisdiccional.

B) En la terminación del proceso, v.g. cuando éste concluye por transacción, compromiso ó convenio.

C) Durante la pendencia del proceso, lo que constituye la verdadera "crisis procesal", que necesariamente ha de producirse después de nacer y antes de expirar el mismo, y que tiene una naturaleza patológica.

La "crisis procesal" a que terminamos de aludir puede afectar:

A) Al sujeto del proceso, y entonces tendremos una "crisis procesal subjetiva", como el cambio de juez o el cambio de parte.

B) Al objeto del proceso, y estaremos en presencia de una "crisis procesal objetiva", como la modificación del petitum ó de los fundamentos de la pretensión procesal.

C) A la actividad del proceso, y entonces estamos frente a una "crisis de actividad procesal", como cuando se paraliza el procedimiento y no continúa su normal desarrollo.

Estas crisis no están totalmente aisladas entre sí, sino que pueden enlazarse mutuamente, y así un cambio de parte lleva generalmente consigo una paralización de la actividad procesal mientras que ella se opera, es decir que tal hecho es a la vez una crisis procesal subjetiva y otra crisis de actividad procesal.

A su vez la crisis de actividad procesal por paralización se subdivide en:

A) Interrupción si es por causas referentes al proceso, como la muerte de un litigante.

B) Detención si es por causas referentes al objeto, como la discrepancia en cuanto a la cuantía de la cosa litigiosa, y

C) Suspensión, si es por causas referentes a la misma actividad, como en el caso de fuerza mayor.

Segun ello puede decirse que la interrupción es una crisis procesal subjetiva y de actividad; la detención una crisis procesal objetiva y de actividad, y la suspensión una crisis procesal de mera actividad.

-----

No es fácil hacer un análisis comparativo de las distintas teorías de crisis del proceso que anteceden, porque cada una de ellas parte de enfoques y criterios totalmente diferenciados sobre la cuestión; ni siquiera de las dos que han tenido mayor predicamento y aceptación entre nosotros: la de Carnelutti y la de Guasp, porque aquél considera el proceso, para construir la suya, desde el doble punto de vista en él tan tradicional y original: proceso estático y proceso dinámico (14), mientras que por el profesor español el proceso es considerado como realidad dinámica exclusivamente (15),

no estática y desde tal único punto de vista enfoca la cuestión.

- - - -

En el campo de nuestro derecho positivo, la teoría de la crisis del proceso, ó cuando menos una ordenación orgánica de sus distintos supuestos es totalmente desconocida, y en su articulado no es posible marcar distinción entre interrupción y suspensión del procedimiento, términos equivalentes a los de paralización y detención; la L. de E.C. emplea, generalmente, el término suspensión (art. 23 - 114 - 184 - 342 - 362 - 514 - 744 - 1135 - 1535 y 1804), y en algunas ocasiones la expresión "quedar el pleito sin curso" (art. - 412) con idéntica significación, sin utilizar el término interrupción; igual terminología emplea el R.D. de 12 de Abril de 1.924.- No hay por tanto base legal para hacer distinciones mas doctrinales. (16).

### III.- Teoria de los incidentes.

Hé aludido a como entre nosotros se han ido exponiendo las distintas teorías sobre la crisis procesal por los pocos autores que de ello se han ocupado, pero es el caso que, en cambio, todos los textos procesales españoles así como los extranjeros tratan de los incidentes, y, no obstante, salvo el precedente doctrinalmente algo anticuado de Mattirolo, (1) una teoría completa de la figura incidental estaba totalmente por hacer, hasta que tal empresa ha sido afrontada y resuelta por Jaime Guasp en sus "Comentarios de la Ley de Enjuiciamiento Civil".

Por ello acepto como base para la presente interpretación de la teoría de los incidentes, el concepto que de éstos da el mencionado maestro: "incidente es una cuestión anormal que surge durante un proceso, relacionándose, sin identificarse, con los temas que en él se plantean y exigiendo un pronunciamiento previo y especial" (2). Con esta base, coadyuvada por las opiniones de otros autores, la presente exposición seguirá una sistemática inversa a la del ilustre procesalista, como obedeciendo a dos propósitos inmediatos distintos, con sus medios de trabajos adecuados: él construye, yo analiza; él utiliza medios inductivos: del estudio de cada uno de los caracteres aislados, induce el principio conceptuado; yo recurro al procedimiento deductivo: de su concepto integral, deduzco sus distintos factores para someterlos a mi análisis. Y hasta discrepo del



maestro en algo que rebasa lo que es meramente un plan de exposición para traer a la teoría del incidente su primer elemento natural, considerando como anomalía o crisis objetiva del proceso, elemento que él considera como último aspecto en su teoría de la crisis procesal aunque colocandolo inmediatamente delante del estudio de la figura incidental. (3) En síntesis, según mi plan de exposición analítica, el incidente se perfila por los cuatro caracteres siguientes: cuestión anormal; intercurrente en el proceso; relacionada y diferenciada de la principal, y que ha de ser prejuzgada.

Pero antes de seguir mas adelante, digamos que dentro del anterior concepto tomado del profesor Guasp cabe el incidente tanto en su concepción amplia como en su concepción estricta, é integrandose en tal concepción amplia las figuras de la mera incidencia y del superincidente, que reúnen ciertos caracteres especiales como luego veremos, me referiré ahora al incidente en su sentido estricto, únicamente.

- - - -

La pretensión procesal (4) que integra el objeto del proceso, y la oposición a ella que lo delimita, determinan aquellos sectores de la declaración inicial que quedan fuera ó dentro del litigio, estableciendo a su vez, una conexión entre sí, determinada por el juego de las alegaciones contradictorias de las partes, cuya conexión, o nexo lógico entre ambas, se patentiza en las dudas que en cada caso pueden plantearse acerca de una conformidad de la pretensión o de oposición con el derecho objetivo, material y procesal, que ha de valorarlas. Tales dudas, en cuanto a puntos a resolver, sometidos o no a discusión, según haya o nó litis, y detados de una mayor ó menor -

autonomía, reciben el nombre de cuestiones (5).

Ahora bien, puede ocurrir que, ya fijadas las cuestiones principales del proceso por la pretensión y la oposición, y durante la tramitación del mismo, surjan otras cuestiones que vienen a juxtaponerse — ó a sustituir a las anteriores, y entonces y por virtud de esto el proceso sufre un desarrollo anormal, una crisis objetiva, que no afecta a la pretensión y a la oposición aisladamente, sino a la relación lógica constituida por la situación de incertidumbre que entre ellas media, produciéndose una desviación evidente del curso típico del proceso, lo que es un problema de patología procesal que hay que remediar. Y es precisamente el incidente la figura jurídica en que se recoge la realidad de tal anomalía, por lo que puede decirse que en su esencia íntima el incidente es una cuestión anormal que acaece ó sobreviene en el desarrollo del proceso (6).

Esta esencia íntima o naturaleza propia del incidente, se caracteriza también porque su raíz arranca del mismo proceso en que incide, de forma tal que se afirma que en el proceso principal sobreviene (7), surge# (8), aflora (9), o acontece (10), más bien que decir que en él se suscita o plantea (11); esto es, que en su génesis operan preferentemente causas determinantes interno-objetivas sobre — otras externo-subjetivas, aunque a la postre el mismo proceso principal a que debe su existencia sirva el incidente luego como medio, lo menos para llegar a su resolución final (12).

— — — —

Pero la cuestión anormal que es la esencia íntima del incidente, requiere a su vez, como inmediata condición que surja durante la pendencia del proceso: después de su planteamiento y antes de su expir\_

ción (13) (14). Cabe sin embargo la posibilidad de plantear cuestiones anormales antes de que el proceso se promueva, como las "diligencias preliminares" de nuestra L. de E.C., ó después de su decisión, como la "liquidación de ejecución de sentencia", y aunque tales cuestiones tienen una afinidad sistemática con el incidente, que no pueda ser desconocida (15), su verdadera y diferente naturaleza ya se analizará mas adelante; pero digamos que algun autor sustenta incluso que el incidente propiamente dicho a veces puede surgir antes de incoarse el proceso principal ó después de la sentencia (16), sin alterar por eso su propia naturaleza, criterio no aceptable, como tampoco el de que la misma figura procesal, sea o deje de ser incidente únicamente por el momento en que se produce; así, el embargo preventivo por ejemplo, que se considera incidente cuando se solicita después ó a la vez de la demanda principal, y no lo es si le precede (17).

Hasta tal punto el planteamiento y la conclusión del proceso son los trazos delimitadores de la posibilidad conceptual de un incidente que las cuestiones que se exteriorizan al realizarse las actividades básicas de la pretensión y de la oposición, no sólo no son cuestiones anormales, sino, contrariamente, dudas suscitadas por via normal de la exposición lógica de la procedencia ó improcedencia de aquellas dos declaraciones, y las cuestiones que surgen después de zanjado el litigio, no afectan al proceso que ha concluido, ni pueden alterar los temas lógicos que se debatieron por propia definición (18) (19).

Pero ésta intermediación ó interconurrencia del incidente respecto al proceso principal, no quiere decir que toda cuestión que sur-

ja en el mismo con tales caracteres ha de ser incidental, sino que la interconurrencia ha de conjugarse con el elemento de anormalidad a que aludimos antes, para diferenciar la figura incidental de cualquier otra innovación interconcurrente, que, sin ser anormal, afecte, sin embargo, en cuanto al an, al quando y al quomodo de su desarrollo.

En cuanto al an la anormalidad no equivale a eventualidad, y así el recibimiento o nó de un proceso al trámite de prueba es eventual entre nosotros, dependiendo de que lo pidan o nó las partes -mayor cuantía, artículo 550- y en algunos casos de que lo estime o nó preciso el juez -menor cuantía, artículo 693-, pero nunca es una cuestión anormal surgida en el curso del proceso (20).

Conjugando también la interconurrencia con la preclusión, en lo referente al "quando", cabe distinguir entre cuestión anormal y cuestión accidental, para dejar a ésta fuera de los incidentes, por ejemplo, la práctica de la prueba dentro del periodo extraordinario que la ley establece para ciertos supuestos (ar. 554), es cuestión accidental, no general, supeditada a la realidad de aquellos supuestos -legales, pero no una cuestión anormal en el proceso.

Por último, en cuanto al quomodo, la cuestión incidental anormal tampoco puede confundirse con que ciertas cuestiones puedan ser alternativas, secundarias ó subsidiarias respecto a otra que ha dado en <sup>m</sup>plazarse principal, y así, entre las distintas vías procesales que pueden seguirse para actuar cierta pretensión, proceso declarativo ordinario ó procedimiento de los incidentes por ejemplo, el elegir éste camino no quiere decir que la cuestión debatida se convierta en incidental, a pesar de haber sido ésta la vía procedimental elegida.

Con lo expuesto queda expedita la vía para el estudio del tercer factor que caracteriza al incidente: la cuestión incidental tiene - que estar intimamente ligada con la cuestión básica del proceso principal (21), y ello porque el incidente no es una duda inoperante sobre el material del proceso que permanece intacto, sino un cambio intrínseco, por virtud de la duda planteada, en éste mismo material. - (22) Si la cuestión incidental no se relacionara con la básica del proceso principal, quedaría soslayada, sin perjuicio alguno de éste proceso, con su simple eliminación (23) (24).

Ahora bien, esta relación de la cuestión incidental puede referirse al fondo ó a la forma procesal de la cuestión principal, y estos últimos, que son los llamados incidentes instrumentales, pueden a su vez estar relacionados con los sujetos del proceso, con el objeto del mismo, o con su actividad, dando lugar a distintas clases de incidentes, según veremos luego.

Pero señalado el elemento positivo de tal relación, queda por fijar otro negativo de la misma: la cuestión incidental no puede identificarse y confundirse con la principal, porque si se produce tal identificación el incidente se volatiliza o evapora como observa Guasp (25) (26), es decir, que no podrá tener consideración de incidente cualquier cuestión que constituya una parte de la resolución de fondo, tal por ejemplo, a juicio de Schonke (27), los referentes a la legitimatio ad causam (28).

Dada la relación inmediata -positiva- pero limitada -negativa- entre las cuestiones distintas, pero no totalmente autónomas principal é incidental, claramente se percibe como el incidente es, en sin-

tesis, un artículo del proceso, principal, de índole hasta cierto punto episódica, nombre con el que a veces le señalan las leyes procesales, y con que también se le conoce en la terminología forense aunque - creo mas técnica y gramaticalmente mas perfecta la denominación de incidente, que la doctrina y la L. de E.C. usan generalmente.

- - - -

Queda, por último, el tratar de la prejudicialidad de la cuestión incidental. En nuestro sistema procesal, no habiendo un trámite dedicado únicamente a albergar la elaboración lógica del fallo, es imposible fijar, desde el punto de vista jurídico, un orden de prelación entre los actos en que consiste tal elaboración, aunque se reconozca que su ordenación viene predeterminada por la misma mecánica de la lógica, la que por sí sola valora y escalona las dudas planteadas, por cuyas sucesivas soluciones ha de remontarse hasta la resolución fin

Pero cuando una de las dudas planteadas escapa del mero campo lógico-intelectivo, que solo afecta a los trabajos preparatorios del fallo, para afectar también a la decisión misma, al acto volitivo que ella supone, es cuando hay que hablar estrictamente de la prejudicialidad, en virtud de la cual han de ser decididas antes, por el mismo juez ó por otro, mediante un procedimiento autónomo y especial, distinto del común, aquellas cuestiones de cuya decisión dependan el pronunciamiento principal. Tal declaración previa es, exactamente, la declaración incidental, (29) (30).

Respecto a la prejudicialidad, muchas veces nace de problemas de orden procesal, que requieren incluso un pronunciamiento autónomo, provocado, por ejemplo, por una acción declarativa, pero los mas graves se originan en virtud de problemas de orden material, como en el caso

de que el fondo primario se halle vinculado prejudicialmente, de do que pueda decirse que pende de un distinto hecho jurídico, ó de un estado jurídico, ó de una relación jurídica compleja ó casual, ó de una figura de derecho condicionante é incompatible (31) (32).

Esta prejudicialidad requiere una resolución anterior, por lo menos conceptualmente, a la de fondo, aunque ambas puedan manifestarse de un modo inmediato y en un solo acto complejo, que les haga - aparecer como simultáneas, ya que indiscutiblemente allí se cobija - una resolución principal sobre la cuestión primaria y otra especial sobre la cuestión anormal surgida después, claramente perfilada en su autonomía y lógicamente previa a la anterior.

#### IV.- Incidencias, superincidentes y para-incidentes.

Terminan de quedar fijados los caracteres intrínsecos que perfilan la figura incidental, pero para su mas nítida contemplación, conviene que esta figura quede ahora exactamente deslindada de aquellas otras que con ellas tienen cierta analogia, algunas de las cuales hasta se integran en la concepción amplia del incidente, pero no obstante lo cual también tienen destacadas diferencias del incidente en sentido estricto; ante todo quede sentado que nada tiene que ver el incidente propiamente dicho con los procesos autónomos que pueden discurrir por la misma via procedimental, sobre lo cual volveré a insistir al ocuparme del proceso y del procedimiento de incidentes, pero es que, además, el incidente es tambien distinto de la "mera incidencia", del llamado por Guasp "superincidente" (1), y de aquellas otras figuras a las que, para identificarlas, yo llamaré "para-incidentes".

- - - -

Alguien ha mantenido que es insostenible gramatical y jurídicamente la distinción entre incidencia é incidente (2), pero con todo respeto para ésta opinión discrepo de ella, y mantengo, en cambio, que las incidencias, por diferenciación del incidente strictu sensu son ciertas derivaciones menudas que se insertan en una tramitación básica para recoger y examinar algún problema marginal (3), y como no siempre las cuestiones accesorias dan lugar a la aplicación de las reglas que la ley prescribe para la sustanciación de los inci-



dentes, pues si los puntos en cuestión pueden ser resuelto fácil y rápidamente por el juez, no procede la formación del incidente (4), se hace preferible para el tratamiento procesal de las mismas, un régimen mucho mas breve y flexible, no sujeto a molde común, sino variadísimo, que el mismo juez ha de ordenar y resolver sobre la marcha (5).

El incidente, pues, y la incidencia se diferencian por un elemento esencialmente cuantitativo en virtud del cual queda la incidencia colocada, por su naturaleza, en la zona media entre la premisa meramente lógica que el juez ha de resolver para construir la resolución definitiva de una cuestión principal, y la cuestión anormal en que hemos tipificado al incidente propiamente dicho, diferenciándose también de la premisa lógica en que mientras la consideración de la misma no tiene ningun tratamiento procesal adecuado, sino el simple intelectivo del juzgador, la incidencia sí tiene uno propio, siquiera éste sea variadisimo y determinado en cada caso por el juzgador, mismo; diferenciándose del incidente propiamente dicho, en que éste sí tiene un tratamiento procesal determinado y concreto, cifrado previamente por la ley.

En cambio, en su esencia la incidencia ha de tener, como el incidente en sentido estricto, las cuatro características que antes señalabamos a éste: cuestión anormal, intercurrente, relacionada y diferenciada de la principal, y prejuzgable por necesidad.

No se diga que una mera razón cuantitativa es insuficiente para diferenciar una institución jurídica de otra, pues ello es admitido en otras ramas del derecho, por ejemplo en lo penal, en que sólo razones cuantitativas diferencian a los delitos de las faltas,

que realmente lo son (6), y en el mismo campo procesal sólo bases - cuantitativas, y no cuantitativas jurídicas, sino cuantitativas econó- micas, diferencian a los procesos de mayor, menor, pequeña ó inferior y mínima ó ínfima cuantía; y aquél antecedente penal es muy de ci- tarse, dada la íntima relación existente entre el Derecho Penal y el Derecho Procesal, mayor que ninguna otra, según Carnelutti (7) hasta el punto de que hay elementos, como la instancia de partes en la p secución de los delitos privados, de los que se discute si son com- ponentes de la tipicidad de la infracción, ó presupuestos procesales de punibilidad (8).

Claro está que solo a virtud de las diferencias de tratamiento procesal entre el incidente y la incidencia, con la variedad legal puede variar también su propia consideración, y así, la admisión ó inadmisión de ciertas pruebas como la pericial, que para nuestro or denamiento legal (art. 613) no pasa de ser una incidencia, tiene c racter de incidente en otras legislaciones, como la francesa, itali na y argentina (9), pero ello no significa sino que intrínsecamente son del mismo género, aunque los factores ~~accidentales~~ los hagan de distinta especie.

A título de ejemplo pueden citarse como meras incidencias la declaración de pertinencia ó impertinencia de posiciones en la prue ba de confesión (art. 581, pr. 2º), de preguntas y repreguntas en la de testigos (ars. 639 y 641), la concepción o nó de término extraor- dinario para practicar prueba (ars. 554 y ss.), la admisión o no de documentos después del momento procesal oportuno (art. 506), la sus- titución de un procurador, y el mismo recurso de reposición contra las providencias de mero trámite (10), y, hasta el llamado recurso

de aclaración de sentencia (art. 363 y ss.).

- - - -

Una diferencia cuantitativa es, también, la que distingue al incidente propiamente dicho de los superincidentes, de tal forma que en uno y en otros han de concurrir aquellos elementos característicos de la figura incidental que antes se señalaron. También en el superincidente su mayor trascendencia, apreciada por los textos legales es la que determina que estos mismos textos le den distintos y específicos tratamientos procesales, en relación con el tratamiento común incidental, y, si se quiere, estos tratamientos procesales diferenciados son tal vez, el signo más ostensible de su diferenciación conceptual.

Como superincidentes pueden agruparse, dentro del proceso de ejecución, las excepciones dilatorias, tal como las regula nuestro ordenamiento jurídico (art. 532 y ss.) (11), el procedimiento para variar el efecto en que haya sido admitida la apelación (art. 394 y ss.) la fijación de la cuantía litigiosa (ars. 492 y ss.) (12) las recusaciones de peritos (ars. 619 y ss.), las tachas de testigos (ars. 660 y ss.) (13), el cotejo de letras (ars. 606 y ss.), las cuestiones de competencias (art. 72 y ss.), los recursos de queja (ars. 116 y ss.) (14), los recursos de fuerza (arts. 125 y ss.) (15), las acumulaciones de autos (arts. 160 y ss.) ~~etcétera~~, ~~etcétera~~. Son superincidentes en el proceso de ejecución, el reconocimiento de sentencias de tribunales extranjeros (arts. 951 y ss.), las liquidaciones que puedan ser precisas en la ejecución de sentencia (art. 928 y ss.), las liquidaciones de frutos adeudados por virtud de la sentencia (art. 360 y ss.), la determinación de daños y perjuicios a cuya imputación se condena (arts. 928 y ss.), las tercerías de dominio y de

mejor derecho (art.1.532 y ss.), las cuestiones derivadas de la administración como forma de ejecución de sentencia (art.1.526 y ss.), la tasación y la impugnación de las costas procesales (art.422 y ss) ~~etcétera, etcétera~~. Son superincidentes comunes a los dos procesos citados, las recusaciones (art.188 y ss.), y los llamados incidentes de nulidad de actuaciones.

- - - -

Lo que llamo con el nombre de paraincidentes (16) son figuras procesales cuya diferencia del incidente es cualitativa y no cuantitativa. En los paraincidentes siempre se nota la falta de alguna de las dos últimas características que perfilan la figura incidental, *pero no obstante no son procesos totalmente autónomos e independientes,* sino que tienen relación con otros principales a los que se refiere.

Ya apreciaba esta diferencia Carnelutti cuando decía que el carácter del incidente es que se refiera, en la solución ó en el desarrollo, al proceso mismo que sirve para la resolución del litigio; por eso cuando se trata no del proceso mismo, sino de un proceso colateral, tramitado en orden al mismo litigio, le falta tal carácter por que no incide, pero sin embargo aunque no hay entre las dos cuestiones una relación de dependencia, no se puede negar que exista una relación de coordinación. (17).

La existencia de otra cuestión especial -anormal- al lado de la principal, y la coordinación ó relación no inmediata entre ambas, son supuestos básicos sobre que descansa la figura paraincidental, a la que en cambio puede faltar, como hemos dicho antes, alguna de las otras características del incidente: su interconurrencia ó su prejudicialidad.

Admitiendo la clásica distinción entre procesos de cognición y

procesos de ejecución, ya aceptada por todos los procesalistas, la visible falta de interconexión de los paraincidentes nos plantea, de paso el problema de si cabe admitir también la existencia de un proceso cautelar, como sostiene Carnelutti (18), y <sup>De la</sup> Plaza (19), ó negarla como hace Guasp (20), puesto que en aquél supuesto muchas de las figuras que catalogo como para-incidentes serían verdaderos procesos cautelares.

Confieso que me parece muy sugestiva la teoría carnelutiana de admitir un proceso autónomo con la finalidad inmediata de garantizar el desarrollo ó resultado de otro proceso distinto, y por finalidad mediata la de éste mismo proceso definitivo cuyo desarrollo ó resultado se garantiza, (21); ó como dice Calamandrei (22): son medidas cautelares-"providencias cautelares"- que nunca constituyen un fin en sí mismas, sino que están indudablemente preordenadas a la consecución de un ulterior proceso definitivo -"providencia definitiva"- el resultado práctico del cual asegura preventivamente, pero separadas entre sí por la nota diferenciadora que ya apuntaba Chiovenda (23), cuando escribía que el poder de esas resoluciones -"medidas cautelares"- es una forma por sí misma de acción -acción asegurativa-, y es pura acción, que no puede considerarse como accesorio del derecho garantizado porque aquella existe como poder actual cuando no se sabe aún si existe éste. Repito que esta teoría del actual profesor de Roma me atrae, pero no es éste el lugar de su estudio, ni es ello necesario a mi propósito de ahora, pues que aún admitiendo la autonomía de un proceso cautelar en paridad con el de cognición y con el de ejecución, siempre habría ciertas figuras paraincidentales que no podrían encuadrarse en aquél concepto, como la demanda de beneficio de pobreza formulada por el actor (24).

Y dando de lado a tan interesante materia, son para mí cuestiones paraincidentales por falta de interconurrencia, las diligencias preliminares reguladas por nuestra L. de E.C. (arts. 497 y ss.), el depósito de cosa mueble en tales diligencias (arts. 499 y ss.), el nombramiento de defensor judicial del menor (arts. 1852 y ss.), el depósito de mujer casada (arts. 1880 y ss.) y la habilitación para comparecer en juicio (arts. 1994 y ss.), pues que todas ellas preceden a la iniciación del proceso principal con el que se coordina. Son, asimismo, para-incidentes por no precisar de su prejudicialidad, las juras de cuenta (art. 8 y ss.) (25), la solicitud de pobreza legal formulada por el demandado, ó por el demandante después de contestada la demanda (art. 22) (26), el embargo preventivo solicitado después de formulada la demanda principal (art. 1.412), la retención de bienes muebles y el embargo de inmuebles en las rebeldías (art. 762), los alimentos del concursado (art. 1314 y ss.), el arresto personal del quebrado (art. 1.325), y ciertas diligencias practicadas en los interdictos de obra nueva y obra ruinosa, (arts. 1.664 y 1.679), ya que todas ellas, aunque se promueven durante la tramitación del proceso principal con que se relacionan, ésta relación es tan mediata, tan laxa, que en nada influye la resolución de la cuestión paraincidental en la resolución de la cuestión principal, hasta el punto que ésta, en muchos casos, puede precederle. Y son paraincidentes por carencia de ambos requisitos, el embargo preventivo solicitado previamente a interponerse la demanda principal (art. 1.397 y ss.) el aseguramiento de bienes litigiosos solicitado en igual momento procesal (arts. 1.419 y ss.), la pobreza solicitada por el actor para promover el proceso (art. 22 y ss.), los recursos de responsabilidad civil de jueces y magistrados, (arts. 903 y ss.) é incluso otros pro-

cesos que aparentemente son autónomos, como el promovido para obtener la nulidad de otro anterior (27), y el que nuestra L. de E.C. llama impropriamente recurso de revisión (art. 1.796 y ss.), todos los cuales anteceden ó preceden al proceso principal, y sus soluciones son inoperantes en la decisión del mismo (28).

### V.- Clases de incidentes

La falta de distinción entre el incidente propiamente dicho y las figuras procesales a él parecidas de que me he ocupado en el capítulo precedente, dificultaba en forma superlativa una visión clara de la cuestión incidental, por lo que casi todos los autores intentaron aclararla mediante clasificaciones más o menos originales que difícilmente podían lograr su intento con plenitud.

Ya Mattirolo (1) alude a los distintos métodos adoptados para hacer tales clasificaciones, como el de Ricci (2), Barsari (3), Gargiolo (4), Pescatore (5) y Pisarelli (6), a cuyos métodos agrega Mortara (7) otros varios, y a ellos se incorporan más tarde los de algunos procesalistas modernos con un sistema más personalísima (8).

La generalidad de los autores clasifican los incidentes, con más o menos coincidencia en el resultado, atendiendo a los siguientes criterios: a) a su relación con el fondo ó con la forma del proceso principal (9); b) a su nomenclatura (10); c) a su tramitación (11), y d) a sus efectos inmediatos (12).

Desde el primer punto de vista los incidentes pueden ser materiales, de fondo ó relativos a la cuestión principal debatida en el proceso, como por ejemplo, en la reclamación de la entrega de la cosa vendida, negada por falta de pago del precio, las cuestiones que sobrevengan sobre el lugar ó tiempo de la entrega ó acerca de pagar desde luego y en cierta cuantía, son cuestiones anormales sobre el



fondo de la materia principal (13); y procesales, instrumentales ó relativos al proceso mismo, como por ejemplo, la pretendida nulidad de alguna actuación es un incidente instrumental.

Desde el segundo punto de vista los incidentes se dividen en unos que son *innominados* y otros con nombres específicos que suelen ser los que nosotros hemos determinado como *superincidentes* ó *parincidentes*.

Por su tramitación los incidentes se dividen en unos que son de tramitación común o genérica y otros de particulares tramitaciones específicas, los que respectivamente coinciden, por lo general, con los *innominados* y los *nominados*; dentro de los de tramitación común cabe distinguir, a su vez, en los que ésta discurre en los mismos autos principales, ó en pieza separada, sin más diferencia entre sí que la precisa para ello en el comienzo de su fase expositiva.

Por sus efectos inmediatos los incidentes se dividen en de previo pronunciamiento -cuyo nombre es impreciso, porque en realidad todos lo son, por lo menos conceptualmente-, mejor de previa tramitación, que suspenden el trámite del proceso principal mientras el incidente se sustancia, y que suelen tramitarse en los mismos autos principales, y los de simultánea tramitación, en pieza separada (14) Como observara Alsina (15), entre los de previa tramitación cabe apreciar que en algunos casos, el efecto suspensivo de los incidentes puede limitarse a una parte del proceso, y a un determinado acto procesal solamente; así la oposición a una medida de prueba, recusación de peritos en nuestra L. de E.C. (art. 919 y ss.), no impide la práctica de la otra propuesta; pero si se piensa detenidamente, en tal supuesto del profesor argentino no nos encontramos ante un ver

dadero incidente de prévia tramitación a todo el proceso, sino ante uno de simultánea tramitación, que lo único que obstaculiza es cierto acto procesal, y sólo durante un tiempo que no demora el desarrollo normal del proceso principal.

Por otro lado, las distintas clases de incidentes que resultan de aplicarse los cuatro criterios tradicionales de clasificación a que me vengo refiriendo, pueden entrecruzarse mutuamente, dando lugar a múltiples tipos complejos de figuras incidentales, y así la cuestión de competencia surgida mediante inhibitoria (art. 84 y ss.) es un incidente instrumental, nominado, de tramitación especial y de previo pronunciamiento.

Para algunos autores más originales como Pescatore, Pisarelli y Mattirolo, el criterio clasificador descansa en considerar el incidente en sus relaciones lógicas con la instrucción de la cuestión principal, y bajo éste aspecto distinguen en el incidente cuatro categorías a saber (16): 1ª incidentes preliminares a la cuestión de fondo, como por ejemplo el acaecido sobre la capacidad de una de las partes que comparecen en juicio ó sobre competencia del juzgado elegido.- 2ª incidentes simultáneos con el desarrollo de la cuestión de fondo, como por ejemplo los incidentes de demanda de una providencia interina o por causa de la admisión de una prueba ó por el hecho de la llamada o de la intervención de un tercero en el proceso.- 3ª incidentes consecutivos a la tramitación del fondo, como la rendición de cuentas a que una parte quedó condenada en la sentencia, y 4ª incidentes comunes, que se pueden presentar en cualquier tiempo y en cualquier fase del juicio, como el de la nulidad de ciertos actos del mismo.

También Carnelutti, original siempre, clasifica los incidentes

desde dos puntos de vista distintos: según el primero de ellos (17) los incidentes pueden ser "relativos a la solución de la litis", ó de fondo, y "relativos al desarrollo del proceso" ó de forma, y ad-exemplum dice que son de los primeros: si el "oficio" -tribunal- que está conociendo es o nó competente; si el juez debe abstenerse; si al actor le corresponde la legitimación para accionar; si a un tercero le corresponde la legitimación para intervenir; si un documento privado es verdadero ó falso; si una prueba testimonial -testifical- debe ser o nó admitida. Y son de los segundos: si una citación es o nó nula; si una impugnación es o nó admisible; si el término para oír testigos ó para practicar pruebas de peritos debe o no prorrogarse; si una pregunta dirigida a un testigo es o nó pertinente.

Desde su otro punto de vista Carnelutti distingue entre incidentes referentes a la estática del proceso é incidentes referentes a la dinámica del mismo (18). Los incidentes de la estática se divide a su vez: a) referentes al oficio -tribunal-: competencia; b) referentes a las partes: capacidad, legitimación, etcetera; c) referentes a la prueba: admisión o no de la propuesta, etcetera; d) referentes a los bienes: secuestro conservativo judicial, y e) referentes a la continencia del proceso: acumulación, intervención, etcetera. Los de la dinámica pueden ser: a) referentes a los actos del proceso, que a su vez se subdividen en a') referentes a la formación del acto p, ya en sí si cabe o nó audiencia, ya en su forma: a puerta abierta ó cerrada; b') referentes a su eficacia: si la situación es o nó nula; c') referentes a su impugnación: si la ordenanza del juez -providencia- puede ser o no revocada por el colegio -sala-; b) referentes a la formación del procedimiento, como cambio de ritualidad del mismo expediente de jurisdicción voluntaria convertido en contencioso-; suce-

sión de un proceso por otro -ejecución provisional de una resol interlocutoria-; d) suspensión del proceso -por una causa criminal que lo obstaculice-; e) interrupción del proceso -muerte de una parte-, y f) cesación del proceso -desistimiento ó caducidad.- Los casos concretos citados, lo son por mí a manera de ejemplo.

La clasificación de Guasp, que es la ~~mas~~ correcta a mi entender ya tiene cierto desdibujado precedente en la segunda clasificación precitada de Carnelutti, y a su vez ha servido de inspiración a otr mucho mas imperfecta, la de Morel (19).

Guasp admite (20) la distinción entre incidente de fondo é i trumentales, y éstos, que son los mas frecuentes y de más variable intensidad, pueden afectar a cualquiera de los tres elementos de que el proceso se compone: sujeto, objeto, y actividad. Se dá el primer caso cuando se formulan cuestiones anormales en torno a algunos de los sujetos del proceso y a las circunstancias que en ellos deben darse para que actuen en el mismo: jurisdicción, competencia, ausencia de recusación y ausencia de abstención en cuanto al juez, y legitimación ad proces<sup>um</sup> y ad causam, ó poder de postulación de la parte. Estamos en el segundo caso mediante el planteamiento de cuestiones anormales en torno al objeto del proceso: pretensión procesal y oposición que la delimita, regularidad que la petición de una y otra deducen, o de los fundamentos que cada una invocan (21). Y se dá el tercer supuesto por la exteriorización de cuestiones anormales en torno a la actividad procesal no sólo en su conjunto, como la ordenación del procedimiento elegido, sino tambien en cada uno de los ~~ac-~~ cimientos que lo integran, cual la validez ó nulidad de los diferentes actos procesales. Claro está que ésta clasificación de Guasp no

es incompatible con las tradicionales que le preceden, y que él mismo acepta de pasada, y así, la recusación (art. 188 y ss.), que es un incidente instrumental que afecta a un sujeto del proceso, según la clasificación de Guasp, es a su vez un incidente nominado, de tramitación especial y de previo pronunciamiento, según las clasificaciones antes citadas.

Conviene decir que estos criterios clasificadores pueden aplicarse también a las meras incidencias, y que los superincidentes - pueden encuadrarse, igualmente en los distintos apartados que por tales clasificaciones se producen, como hemos venido observando, - pues que ya dijimos que coincidían los conceptos de superincidentes é incidentes nominados. En cambio, con un criterio análogo no podrían clasificarse los paraincidentes, porque siempre desde todos los puntos de vistas elegibles hay dificultades que los obstaculizan, así por ejemplo, la jura de cuentas (art. 8 y ss), aunque es de tramitación especial y no es de previo pronunciamiento, no se puede encuadrar ni como paraincidente instrumental ni de fondo, y ello porque tratándose de figuras procesales de diferentes cualidades no pueden someterse al mismo criterio clasificador.

- - - -

Réstanos ver como las distintas clasificaciones aludidas se reflejan en el articulado de nuestra L. de E.C.: la admisión por ella de incidentes de fondos é instrumentales se deduce del artículo 742, según el cual los incidentes pueden tener una relación inmediata "con el asunto principal que sea objeto del pleito" ó "con la validez del procedimiento", y cuando el T.S. ha dicho que no caben incidentes de previo pronunciamiento sobre cuestión de fondo (22), lo que ha querido decir es que no caben incidentes de fon-

do con prévia tramitación, luego a sensum contrario si caben incidtes de fondo de simultanea tramitación.

Incidentes nominados en la L.de E.C. son los que, considerandolos superincidentes, hé citado por sus nombres especificos, con referencias a los articulos que los regulan, en el capitulo anterior, é incidentes innominados son los que han de tramitarse de acuerdo con los articulos (749 y ss.) de la referida ley.

Más aún, que en la doctrina aparecen confundidos en nuestra ley las tramitaciones especificas de ciertos incidentes con la propia nomenclatura de cada uno de ellos, y la tramitación genérica del incidente atípico con el propio incidente innominado, a que terminamos de hacer mención, de donde se infiere que tambien en la L.de E. C. tiene cabida la clasificación de incidentes por su tramitación, a lo que expresamente alude el articulo 741 de la misma.

En los articulos 744 a 746 se encuentra la distinción entre incidentes con efectos suspensivos y sin efectos suspensivos del proceso principal. Para la determinación de los primeros sigue la L.de E.C. un criterio restrictivo y enumerativo en el articulo 745, tomando como base prévia la formula determinante del articulo que le precede, según la cual serian aquellos cuyo pronunciamiento -resolución- fuera obstáculo a la continuación del juicio principal, pero tal enumeración posterior, nada perfecta y sobradamente insuficiente, si puede aceptarse con ciertos reparos doctrinales en los dos primeros casos que se señala (23), es totalmente censurable al fijar el tercero y último supuesto de la misma, donde se repite, improcedentemente, la fórmula amplia del articulo 744, con expresión aún más desafortunada é imprecisa (24).

Por último, la forma <sup>en</sup> que aparece redactado el artículo 741 de nuestra ley procesal plantea un problema de clasificación legal de los incidentes, esto es si tal norma distingue dos clases de cuestiones incidentales, una "de previo pronunciamiento" y otra "de especial pronunciamiento", o si se refiere a un solo tipo de cuestiones incidentales que son "de previo y especial pronunciamiento",

Respecto a esto nuestros procesalistas se han dividido en dos grupos. Los de un grupo sostiene la primera opinión (25), identificando los incidentes "de previo pronunciamiento" con los de previa tramitación y efectos suspensivos, y los "de especial pronunciamiento" con los de simultánea tramitación y efectos no suspensivos; los del otro grupo (26) mantienen que no se refiere tal artículo mas que a una sola clase de incidentes "de previo y especial pronunciamiento" -tramitación-, aunque por un error material se haya escrito en la ley la disyuntiva "o" en lugar de la copulativa "y", pues que la palabra previo alude a la tramitación y resolución del incidente, y la palabra especial alude a la anormalidad de la cuestión incidental debatida, por oposición a la normalidad de la cuestión fundamental del asunto principal, sin que sea posible contraponer tales conceptos por corresponder a dos órdenes de valores distintos, según los cuales a previo había que oponerle simultáneo, y a especial habría que oponerle general ó común.

Esta última opinión me parece más acertada, pues creo que el elemento <sup>en</sup> temporal aquí es no sólo compatible sino complementario -del elemento <sup>en</sup> intrínseco determinado por la naturaleza de la cuestión incidental; el uno se refiere al cuando, el otro al que, y han de conjugarse juntos en una buena concepción doctrinal del incidente.

## VI.- El proceso y el procedimiento incidental.

En otra ocasión (1) escribí yo que el proceso era una institución dentro de la cual se desarrolla una serie de relaciones jurídico-procesales entre el Juez y las partes y las partes entre sí, y que se manifiesta en una sucesión ordenada y sistemática de actos procesales creadores, en cada momento, de una situación jurídico-procesal distinta. Sirve de base a ésta concepción del proceso la teoría institucionalista de Guasp (2), la que, sin embargo, estimo que puede integrar en sí las de las relaciones jurídicas de Bulow, Wach, - Hellwig y Kohler, la de la situación jurídica de Goldschmidt y la de la serie de situaciones jurídicas de Prieto Castro, todo lo cual bien merece un estudio muy detallado, que se deslinda de los límites de éste trabajo, por lo que no hay lugar a insistir sobre ello.

Partiendo de tal concepto institucionalista, es aceptable la definición del proceso que el profesor Guasp nos expone, aún en el supuesto de que se prefiriera sustituir el elemento pretensión por el de acción: Proceso es una serie ó sucesión de actos que tienden a la actuación de una pretensión -ó acción- fundada, mediante la intervención de los órganos del Estado instituidos especialmente para ello (3), cuyo fundamento tiene que ser en normas de derecho privado, y cuyos órganos serán los de la jurisdicción ordinaria, cuando se trate del proceso civil (4).

Con ésta base conceptual del proceso, hay que considerar como -



tal al incidental, que es un proceso de cognición especial que tiende a facilitar el desarrollo de otro proceso, mediante la resolución de las cuestiones anormales que durante la pendencia de aquél puedan suscitarse (5). Este proceso de cognición especial ha de promoverse, tanto por el actor como por el demandado, mediante una demanda que en ambos casos "tiene naturaleza de acción" -ó pretensión- y tiende, pendiente el otro proceso, a obtener, mediante sentencia, la certidumbre jurídica sobre la existencia ó no existencia de una voluntad concreta de la Ley; característica de la acción de declaración incidental es que el interés de obrar está dado aquí por la discusión de un punto prejudicial ocurrido en un pleito pendiente. Cuando parte del demandado, puede decirse que es una especie de reconvencción, pero el nombre de reconvencción suele reservarse para el caso en que el demandado promueva una acción de condena ó constitutiva, mientras que aquí se limita a pedir una declaración positiva ó negativa (6).

Pero la libertad de proponer demanda de declaración incidental, como esta turba eventualmente el curso del pleito principal, no es absoluta, sino vinculada a una serie de límites, unos fijados por -presupuestos específicos de los que me ocuparé en la segunda parte de éste estudio, y otros que señalados por las condiciones propias de la acción incidental, son: que el objeto de la demanda del proceso incidental sea tal que hubiera podido formar por sí objeto -de una acción autónoma declarativa; que, como dijimos antes, se trate de un punto prejudicial, tal que su decisión sea necesaria para pronunciar la demanda principal, y que el punto sea controvertido por parte de quien pide la acción ó por parte del adversario, porque si falta toda discusión las partes no pueden aprovecharse de la pre-

judicialidad para pedir una declaración (7).

Y este proceso incidental, cuya demanda inicial ha de reunir tales presupuestos y condiciones, es un proceso auténtico porque en él interviene el juez como tal; de cognición, porque se satisface con una declaración -lato sensu- del órgano jurisdiccional; especial, porque no está pensado para hipótesis generales, sino para supuestos concretos, particularizados precisamente, no en razón a la materia -sobre que recae, sino en razón a la función que respecto a ellos se desempeña; y, finalmente, singularizados, dentro de los especiales por razón de la función, si bien su actividad se halla sujeta a las reglas generales sobre lugar, tiempo y forma de los actos procesales, desenvolviéndose, por tanto, dentro de la circunscripción, sede y local del órgano jurisdiccional, en días y horas hábiles, dentro de los términos y plazos fijados, y con su procedimiento apropiado.

- - - -

Hasta no hace mucho tiempo se confundían y usaban indistintamente en la doctrina y en la práctica procesal, é incluso en los mismos textos legales, los términos de proceso y procedimiento, cuando aquél era usado raramente, lo que obedecía a que no se distinguieran por separado los dos conceptos distintos que tales palabras expresaban. Hoy ya tal distinción es apreciada por todos los procesalistas modernos, y por su influencia empieza a recogerse en la práctica procesal, en la jurisprudencia de los tribunales y en el articulado de algunas leyes. Y es que se percibe, con más ó menos claridad dos conceptos procesales distintos, aunque en la mayoría de los casos coincidan en una yuxtaposición perfecta.

Pero si los procesalistas coinciden en distinguir ambos concep-

tos procesales, ya no es lo mismo cuando tratan de fijar los rasgos de diferenciadores existentes entre ambos. Para Calamandrei el proceso es un fenómeno procesal y el procedimiento es solo el aspecto externo del mismo; Fenech dice que las nociones de proceso y procedimiento no son esencialmente correlativas, sino independientes, pues aunque se engranan entre si, constituye la noción del proceso la serie ó sucesión de actos, y la del procedimiento, las normas que regulan tales actos y su prelación y desarrollo; otros autores consideran que del proceso solo se puede hablar con carácter general, considerándolo como una institución jurídica, ó bien con ~~caracter~~ concreto, como cuando hacemos referencias a unas actuaciones determinadas, mientras que cuando nos referimos a la serie ó sucesiones de actos que regulan el desarrollo de la actividad jurisdiccional, debe hablarse de procedimiento (9); Prieto Castro escribe que procedimiento no es sinónimo de proceso, porque - aquél indica, únicamente el lado externo de la actividad procesal y no puede abarcar el conjunto de teorías que comprende el estudio del proceso (10), y Guasp sostiene que es necesario distinguir el proceso como tal del mero orden de proceder, ó tramitación, ó procedimiento en sentido estricto (11).

Para mí, esta falta de unanimidad en apreciar los elementos diferenciadores entre el proceso y el procedimiento, obedece a que - las teorías modernas del proceso se han construido con un poder de abstracción tal que se desmaterializa a éste totalmente, sin tener en cuenta que para manifestarse a la realidad vivida necesita de algo apreciable por los sentidos corporales, aunque ello no quiera decir que teóricamente no exista sin tal materialidad tangible, como espiritualmente existe el alma, aunque no pueda conocerse sino

encarnada en el cuerpo orgánico del hombre. El proceso es una concepción teórica que se hace realidad práctica a través del procedimiento.

Por eso no se puede concebir un proceso concreto sin un procedimiento que lo sustente; por eso los procedimientos sin proceso son como cuerpos sin alma, como cadáveres procesales; por eso los procesos con procedimientos no propios son como fenómenos de reencarnación; y por eso los procedimientos con procesos no propios son como seres procesales enagenados.

- - - -

Y el proceso incidental tiene su procedimiento propio, como los distintos superincidentes tienen los suyos prefijados por la ley, y las incidencias también los tienen determinados por el juez en cada caso.

El procedimiento de incidentes se desarrolla a través de una fase de alegaciones, en la que se formula la demanda incidental, que una vez admitida por el juez, con traslado pero sin emplazamiento del demandado por estar personada en autos, es contestada por éste en términos de defensa estricta, sin poder formular reconvencción, ó sucesivamente por los distintos demandados si fueren varios; sigue una fase de prueba, cuando las partes la solicitaron, ó habiéndola solicitado una sola el juez la otorgó, con plazo común para proponer y practicar la propuesta y admitida, terminado lo cual ó acusada su omisión, se abre la fase decisoria, en la que se instruyen las partes, quienes practican actividad de conclusiones en una vista, si alguna de ellas lo solicita, emitiendo luego el juez su fallo en forma de sentencia (art. 749 a 761 de la L. de E.C.).

- - - -

El procedimiento de incidentes, por su misma simplicidad y sencillez, sirve, á veces, para vivificar procesos autonomos de naturaleza no incidental, porque como ya observaba Mattirolo (12), el legislador quiere que se traten por éste rito tan sencillito ciertas cuestiones autónomas que presentan un aspecto y una fisonomía especial.

Nuestros C.C., C.de C., y L.de E.C. remiten al procedimiento incidental en muchas ocasiones (13), como así mismo otras leyes especiales (14), á veces sin alterar en nada tal procedimiento y otras con muy breves alteraciones del mismo, generalmente en fase preparatoria de su demanda inicial.

Solo cabe la objeción de que si éstas remisiones se hacen en atención a la sencillez y a la brevedad del procedimiento, tal brevedad quiebra si los emplazamientos para contestar la demanda incidental han de hacerse sucesivos cuando haya varios demandados - (art. 749, pr. 2º), pues si ello pudiera tener una explicación satisfactoria, que plenamente no lo es, cuando se trata de un proceso incidental propiamente dicho (16), carece en absoluto de ella en los supuestos de procesos autónomos con procedimiento incidental, en los que a veces estos términos sucesivos de emplazamiento son, por si solos, mucho mas dilatados que todo el tiempo que despues dura la tramitación del proceso.

## II Problemática.

## VII.- Sujetos del proceso incidental.

Decía antes que la demanda de declaración incidental, como turba eventualmente el curso del pleito principal, no es absoluta, sino vinculada a una serie de límites, algunos de ellos fijados por ciertos presupuestos específicos; parte de estos presupuestos hacen referencia a los sujetos del proceso incidental: juez y parte, y de ellos voy a ocuparme en el presente capítulo.

Respecto al juez, según la teoría de Chiovenda que señalaba tales presupuestos (1), la decisión en cuestión incidental requiere, para ser posible, competencia originaria ó atractiva, suficiente en la cuantía, en la materia y en la función, ó como dice Guasp (2); que el juez tenga jurisdicción, es decir, que pertenezca a la jurisdicción civil ordinaria; que al juez del proceso principal se le atribuya la competencia para decidir todas sus incidencias -en el sentido amplio de incidentes-; y que el juez sea compatible con la materia de que el incidente trata.

Tal criterio de competencia atractiva que sustenta nuestra L. de E.C. (art. 55) como principio, llega incluso a la modificación de la competencia jerárquica (3); claro que esto es sólo posible a favor del tribunal superior, lo que se fundamentaría en el principio de que "quien puede lo más puede lo menos", pero no en sentido contrario, ni aún en el supuesto de ciertos paraincidentes, como el embargo preventivo, en el que, por su urgencia y provisionalmen-

te, podía ser iniciado por juez de inferior categoría (art. 1.398), pero que este cesa de conocer tras la fase urgente de su iniciación.

Ahora bien, este principio general de competencia atractiva quiebra cuando falta aquella compatibilidad entre el juez y la materia incidental planteada a que aludimos antes, ó cuando la cuestión incidental ha superado -sin perderla- esta propia naturaleza, adquiriendo ó no la de cuestión principal en otro proceso autónomo.

Estamos en el primer supuesto cuando el juez es recusado, en cuyo caso se puede dar una doble solución, ó que el juez, sin dejar de serlo y decidiendo como tal, acepte su recusación (art. 197, par. 1º), y entonces su resolución, con carácter de definitiva, le aparta por completo del conocimiento del proceso; ó que no se considere comprendido en las causas de recusación que se le imputan, en cuyo caso su resolución le releva provisional ó definitivamente del conocimiento del pleito -según prospere ó no la oposición-, quedando su personalidad en el proceso transformada en mero objeto del superincidente de recusación, en el que no puede intervenir ni como juez (arts. 200, 203 y 206), ni como parte (art. 204), pasando la función jurisdiccional a otro funcionario (art. 203). En cambio, cuando la recusación es uno de los miembros de un tribunal colegiado, este tribunal atrae -a sí la competencia del superincidente, aunque desplazando del mismo al recusado, para el conocimiento de tal cuestión (arts. 197, par. 2º; 203, par. 1º y 2º, y 206, par. 1º y 2º) (4).

Una hipótesis en que la cuestión incidental supera su propia naturaleza adquiriendo la de un procedimiento autónomo, es cuando surge una cuestión prejudicial cuya competencia está conferida por expresa disposición de la ley a un tribunal distinto del civil (arts.



3 y ss. y 114, de la L. de E. Cri. y 362 y 514 de la L. de E. C.) (5), en cuyo caso cede la competencia del juez civil para conocer del superincidente, en favor de aquél otro a quien la ley se la otorga expresamente, de donde nace luego un interesante problema, cual es si la decisión del superincidente vincula ó no al juez de la cuestión principal, para la resolución que él haya de dar a ésta (6), problema en que ha de optarse por la solución afirmativa, salvo que se admite la total ineficacia y desnaturalización de tan importante figura superincidental.

Otra excepción, única en nuestra L. de E. C., no impuesta por ninguna de las razones que anteceden, sino nacida de una mera competencia cuantitativa, es la de las tercerías surgidas en la ejecución de sentencia ó embargo preventivo, cuando la reclamación del tercero es de cuantía superior a mil pesetas, y el asunto principal no llega a esta cuantía, pues en tal caso corresponde la competencia del superincidente al juez superior y la del ~~el~~ asunto principal al juez inferior (art. 739).

Hay otros casos de superincidentes en los que la competencia del órgano sufre aún mas variantes, como las cuestiones de competencia por inhibitoria (art. 84 y ss.), y las acumulaciones de autos (arts. 160 y ss.) (7), en los que, en principio, la cuestión incidental es conocida y decidida parcialmente por dos jueces a la vez, é incluso en caso de discrepancia ceden ambas competencias parciales en favor de la de otro juez superior, que resuelve en definitiva, aunque solamente respecto al superincidente, ya que, en contra del principio de competencia atractiva, a que antes me referí, a favor del tribunal de mayor jerarquía, es el juez inferior designado

por aquél el que sigue conociendo de la cuestión principal (8).

Doctrinalmente se ha discutido si es conveniente que en supuestos de tal naturaleza sea juez distinto el que decida. Chiovenda (9), refiriéndose al proceso oral, dice que el incidente debe ser decidido en la audiencia misma en que el proceso se concentra, porque no es lógico ni económico que una persona examine la causa para conocer de la competencia y otra vuelva a examinarla para decidir el mérito, pues ello supone pérdida de tiempo, duplicidad de actuaciones y posibles puntos de vista divergentes sobre cuestiones comunes al incidente y al mérito, razones todas ellas que pueden aplicarse superlativamente al proceso escrito. En cambio, Carnelutti (10) dice que aunque teóricamente debe resolverse la cuestión incidental con la cuestión de fondo, lo que corrientemente se llama "reunión del incidente con el fondo", hay, sin embargo, ciertas exigencias que se oponen a éste principio, como aquellas que por su importancia y naturaleza aconsejan la resolución por un juez distinto y superior al juez que actúa, como son las relativas a la potestad del órgano: incidentes de jurisdicción y cuestiones de competencia.

Cuando el órgano que está conociendo del asunto principal es un tribunal colegiado, surge el problema de si los incidentes que en el acaecieran han de ser tramitados y resueltos por el tribunal en pleno ó por un juez delegado de éste. El primer criterio, de una manera pura, no tiene defensores en la teoría ni se ha aceptado plenamente por las legislaciones. Mattirolo (11) se declara partidario en tales cuestiones incidentales, de que sean conocidas por un juez delegado, y Carnelutti (12) admite dos decisiones sobre dichas cuestiones incidentales, una definitiva y posterior que corresponde al

tribunal en pleno, y otra previa y provisional, que habia de corresponder al presidente del tribunal, ó a un juez delegado de éste, ó al mismo juez instructor del proceso.

En nuestra L. de E.C. este supuesto se resuelve, en principio, confiando la instrucción del incidente al magistrado ponente, pues ello se deduce de la mas aceptada interpretación de los números 1 á 4 inclusive del art. 336, especialmente en el número 4º, aunque a veces se confíe expresamente esta misión a otro magistrado (ar. 203) pero la resolución de las cuestiones incidentales planteadas es competencia de la Sala correspondiente (arts. 759, 206, 148, 105 y 183 etc.).

Es principio básico en materia de incidentes que las partes de la cuestión incidental deben ser partes del pleito principal, las que, por esta razón, vienen suficientemente calificadas de aptitudes para ello -legitimación y postulación-, aunque en el proceso incidental pueda producirse una inversión de posiciones, figurando como demandante y demandado del mismo el demandado y el demandante, respectivamente, del proceso principal (13). Pescatore y Mattirolo sostenian este principio tan absolutamente que según ellos quedaba limitado el derecho a pedir declaración incidental al caso en que las partes fueran legitimos contradictores tambien sobre la cuestión principal, pero esta limitación demasiado genérica es rechazada por otros autores como Castelari, Tuccio y Chiovenda, quienes dicen que pudiendo surgir una cuestión entre personas que no son las mas directamente interesadas en el proceso principal, y en cuanto es posible que se formule sobre ellos y contra ellos una sentencia, será tambien posible una demanda incidental (14). Este e

mismo criterio sustentan Alsina (15) y Schönke (16), entre los procesalistas modernos.

En la ordenación générica de los incidentes innominados que regula nuestra L.de E.C. no se preceptúa nada expresamente sobre ello, pero podría afirmarse que el texto legal mantiene el criterio de que sólo las partes del pleito principal pueden serlo del incidente, porque en varios de sus artículos (743, 747, par. 3º, 748, 749, 750, etc.) al referirse a estos sujetos del proceso incidental, lo hace llamandoles partes, y en tal forma que la condición de ser tal parece que viene prejuzgada porque ya lo fuera en el proceso principal.

Tampoco conozco ninguna resolución de nuestro T.S. que resuelva expresa y directamente esta duda desde el punto de vista jurisprudencial, pero de sus sentencias sobre incidentes de nulidad de actuaciones dedúcese que no mantiene un criterio tan restringido en la interpretación de aquellos textos legales, ya que afirma que tales incidentes "pueden ser promovidos sólo por los que sean partes ó tengan derecho a ser partes en el proceso", agregando que - "si quien promueve el incidente no era parte legítima cuando la falta que produce la nulidad de actuaciones se cometió... no puede entenderse que consiente las resoluciones dictadas anteriormente", y aunque parece que exige al demandante del incidente su comparecencia anterior en autos, es decir, que sea tenido por parte en el proceso principal previamente, y que enterado de las actuaciones nuevas se abstenga de realizar alguna gestión que no sea la de pedir la nulidad (17), en cuyo supuesto ya, desde el momento en que compareció en autos, no sería sujeto extraño al proceso principal, lo que

en el fondo, ~~sin embargo~~, no contradice la interpretación extensiva que refiero a nuestro alto tribunal, sin embargo, queda ésta más patente pensando que la comparecencia en autos pudo ser al sólo efecto de promover el incidente, el que por su propia naturaleza tuvo que acaecer, según antes se expuso, en el proceso principal (18).

Admitido el criterio amplio respecto a quienes pueden ser partes en un proceso incidental, y supuestas en ellas las condiciones de legitimación y postulación necesarias, he de distinguir el caso de que el legitimado como parte en el incidente, que antes no lo fuera en el proceso principal, lo sea activa ó pasivamente. En el primer caso es más sencilla la cuestión, pues las tercerías voluntarias (19), es decir las que nuestra L. de E.C. llama tercerías de dominio y de mejor derecho (arts. 1.532 y ss.) son consideradas como incidentes formulados por tercero procesal por todos los procesalistas (20), y aunque yo considero a tales tercerías como superincidentes, ya que a ellos también es aplicable la doctrina de este capítulo, me adhiero a tal opinión, salvo que la tercería se formule en embargo preventivo previo, en cuyo caso merece mayor consideración por tratarse de un incidens incidentis, según veremos más adelante (21).

Respecto al segundo caso, esto es, que la nueva parte en el incidente pueda ser legitimada pasivamente, como sostienen varios autores (22), e incluso alguna jurisprudencia extranjera, en la que se afirma que la citación de evicción es un incidente suspensivo del procedimiento principal (23), discrepo de tal opinión, porque a mi juicio en las tres formas en que puede darse la litisdenuntiatio, ya con sustracción del primitivo sujeto procesal, como en la

nominatio actoris y en el "litigio entre pretendientes", ya sin - aquella sustitución, como en la "llamada de garantía", lo que ocurre es que, cualquiera que sea el criterio que se sustente respecto al momento en que se produce la litispendentia con todos sus efectos materiales, el anticuado de la litiscontestatio, el de la citación que mantienen Manresa, De la Plaza y Orbaneja (24), el de la presentación, que defiende Guasp (25), ó el de la admisión, que sustenta Prieto (26), es lo cierto que todas aquellas figuras de pluralidad de sujetos procesales se desarrollan en actos que tienden a la delimitación por el demandado -siquiera sea en cuanto a la identificación de la persona obligada- de la cuestión principal que plantea el actor en su demanda, y dicho se queda que si la misión de tales tercerías forzosas es la de delimitar, en ciertos aspectos personales, el campo de la cuestión principal, no lo puede ser el de plantear otras cuestiones incidentales de la misma esencia, cuya anormalidad se determinaría por quedar al margen de aquella delimitación previa sobre que opera, por lo cual, en tanto en cuanto son factores necesarios para el planteamiento total de la cuestión principal, dejan de poderlos ser para una cuestión anormal en el mismo proceso.

Otra cosa sería si el tercero llamado al proceso se presentase en él alegando, por ejemplo, la improcedencia de su citación por no tener el carácter con que se le citaba, pues ello supondría tanto como formular una excepción dilatoria, y ya dije que las dilatorias son realmente superincidentes, pero superincidentes que necesaria y precisamente nacerían con la alegación del tercero, y no con su citación, acto éste del proceso principal que le dió origen,

aunque entonces se planteará el problema respecto al trato procesal que debía darsele a tal cuestión superincidental, problema que ha resuelto de distinta forma la jurisprudencia extranjera que - se ha tropezado con él (27).

Ni aún admitiendo la posible reconvención contra tercero, criterio que he mantenido en otro lugar para ciertos supuestos de litisconsorcio (28), cabría darle a ello el carácter de incidentes contra tercero, porque la reconvención tiene valor de procedimiento autónomo, no ya por la razón diferencial que aduce Chóvenda, la - que nos parece insuficiente (29), sino porque en la reconvención la cuestión no es prejudicial a la principal, ni anormal, sino distinta respecto a la misma, é incluso en nuestro sistema legal puede no tener relación alguna con ella, y si es intercurrente su planteamiento, esta interurrencia tiene un fin diferente a la del incidente, cual es el de tramitar dos procesos en un solo procedimiento, incluso llegando a producir una nueva litispendencia distinta de la anterior, la que se manifiesta desde el momento en que se presentó el escrito de reconvención (30).

### VIII.- Oportunidad y preclusión en su interposición.

Es principio general aceptado por la doctrina (1), que el incidente pueda plantearse en cualquier clase de proceso, tanto en los ordinarios como en los especiales; igualmente en los de cognición que en los de ejecución, sin que quepa objetar en su contra, si se parte de que tal principio toma por base siempre un proceso principal, pues si en lugar de ello hubiera que referirse a un proceso básico también incidental, superincidental ó paraincidental, nos encontraríamos con un problema distinto a cuyo estudio se dedicará un capítulo posterior.

Este criterio doctrinal es el mismo sustentado por nuestra L. de E.C. de cuya art. 741 se deduce que las cuestiones incidentales pueden sobrevenir en toda clase de juicios, incluso en los verbales si bien en estos tengamos trato procesal distinto, manteniendo con ello posición contraria a la adoptada por nuestro T.S. (2) para determinar los procesos en que pueden plantearse demandas reconventionales, criterios diferenciados que si no obedecen a que en los razonamientos de la jurisprudencia se haya captado suficientemente la distinta naturaleza de ambas figuras procesales, sí es, por lo menos, un signo externo más de la diferenciación entre ambas que antes se acusó.

Sin embargo, aquél principio general tiene ciertas excepciones legales que lo confirman. La más expresa es la del artículo 1.480



de la L.de E.C. a tenor del cual en los juicios ejecutivos no se admitirán otros incidentes que los que nazcan de las cuestiones de competencia ó de acumulación a un juicio universal. Otras excepciones a tal principio no son tan expresamente señaladas por la ley, pero vienen determinadas por la naturaleza del proceso principal. Cuestión ésta de la que me ocuparé al referirme a la adecuación al mismo del proceso incidental.

- - - -

Problema más interesante es el que surge al tratar de cual sea el momento procesal oportuno para promover la cuestión incidental. Desde luego, en la teoría del incidente que se expuso en el segundo capítulo de ésta tesis, quedaron marcadas las dos fronteras procesales que delimitaban el campo donde el mismo podía promoverse, esto es, la iniciación y la terminación del proceso principal, condicionamiento que se identificó como característica de intercurrentia; p dentro de tan amplio deslinde queda mucho campo por agotar, en donde fijar hitos ó mojones indicadores del momento en los que la cuestión incidental, correctamente, puede proponerse.

La opinión tradicional mantiene que es posible el planteamiento del incidente hasta el trámite del procedimiento que marca la terminación del estadio instructivo de la causa formal -proceso principal-, pasado el cual la causa no puede abrirse sino de común acuerdo entre ambas partes (3), pero dando a tal concepto de "estadio instructivo" una significación muy amplia, que comienza con el principio de la fase expositiva y perdura hasta que, practicada toda la prueba, é incluso después de la eventual investigación para mejor proveer, llegaría hasta que se declara el proceso visto y se citan a las partes para sentencia.

Contra éste criterio tradicional desarrolla Chiovenda una teoría de más amplio alcance (4), pues que alcanza a otros obstáculos procesales interpuestos a la actuación de la acción, pero dentro de cuya teoría cabe perfectamente la cuestión incidental. Dice el profesor italiano que ciertas razones, que se hacen valer a última hora, por el sólo hecho de que son tardías, no pueden, en ningún caso, rechazarse definitivamente; pero agrega que si la autoridad judicial se convence de que el retraso no está justificado, porque las nuevas razones y excepciones hubieran podido oponerse en tiempo debido, de manera que sea manifiesto en la parte el propósito de sorprender al adversario, ó, de cualquier modo, de retener la decisión, se remitirá desde luego a la causa -proceso-, pero cargando en todo ó en parte los gastos de la litis a la parte responsable del retardo, aun cuando sea victoriosa, y si las nuevas excepciones son presentadas con retardo culposo ó con propósito dilatorio, podrán también ser rechazadas en el estado de la causa, y, entre tanto, tendrá lugar la condena con caución ó sin ella, reservando al demandado la facultad de hacer valer las excepciones tardías en prosecución de juicio, como por ejemplo, en el caso de excepción de incompetencia derivada del crédito impugnado, que excede de la competencia del juez, y que no -fué alegada a tiempo.

En cambio, el mismo Chiovenda sí marca taxativamente el momento incierto en la vida del proceso, a partir del cual puede plantearse la cuestión incidental, diciendo que para ello es preciso que el pleito principal esté normalmente constituido (5), aunque la determinación de tal normal constitución del proceso nos lleve de nuevo a aceptar cualquiera de las distintas teorías sobre la constitución

de la litispendencia a que me referí en el capítulo precedente (6).

De forma mas indirecta defiende Alsina (7) el criterio de que todos <sup>los</sup> incidentes cuyas causas existan simultáneamente deben ser promovidos a la vez, porque ello tiende a evitar el planteamiento sucesivo de los mismos, con la consiguiente complicación del procedimiento, - cuando esto puede hacerse en un sólo acto por la coexistencia de las causas en que se fundan, máxime cuando a las mismas partes beneficia esta acumulación, porque con ello se elimina el peligro de varias condenas en costas por los diversos incidentes que promuevan, agregando en otro lugar (8) que no procede la sustanciación del incidente, si resulta evidente la malicia del que lo formula, porque al juez corresponde guardar el orden en el juicio, malicia que puede apreciarse, según yo creo, no sólo en la improcedencia de la pretensión incidental, sino tambien en la inoportunidad respecto al momento de formularla.

Claro es que, aun admitiendo este criterio delimitador del momento en que precluye la facultad de interponer cuestiones incidentales ello podría hacerse solo con relación a algunas determinadas, generalmente las que hicieran referencia a jurisdicción y competencia del tribunal y a legitimatio ad procesum de las partes, según observa Freire (9), pero no respecto a otras, como las de nulidad de actos procesales, cuya causa originaria puede producirse incluso en la última fase del proceso, por lo que en todo caso habría que formular el principio limitador de una forma laxa, dejando al juez la aplicación o no del mismo en cada caso concreto.

Nuestra L. de E.C. se inspira en el criterio tradicional, por lo que el incidente puede promoverse en cualquier momento del proceso,

por lo menos hasta la citación ó hasta dar vista a las partes para sentencia (arts. 678, 701, 730 paraf. 3º, etc.), é incluso tal criterio ha sido interpretado en sentido excesivamente extensivo por nuestro T.S. (10), según el cual cabe que el tercero procesal promueva incidentes durante la ejecución de la sentencia, é incluso dentro del año siguiente al momento de ser desposeído, por tal ejecución, de la cosa poseída.

Pero nuestra propia L. de E.C. fija en algunos casos el momento en que precluye la facultad de promover ciertos superincidentes, y así, las llamadas excepciones dilatorias, que sólo podrán proponerse dentro de los seis días siguientes al del emplazamiento para contestar la demanda (art. 535); el encaminado a fijar la cuantía de la cosa litigiosa, que ha de ser dentro de los cuatro primeros días del mismo plazo para contestar la demanda (art. 492); el de nulidad de actuaciones, que debe proponerse antes de darse por enterado del contenido procesal de la actuación nula y antes de convalidarla con cualquier otro acto en un proceso que no sea ~~el~~ encaminado a denunciar la nulidad observada (art. 279, paraf. 2º); el incidente de incompetencia en el juicio ejecutivo, hay que proponerlo antes de oponer se a la ejecución (art. 1.480, paraf. 2º); el de acumulación del juicio ejecutivo a un juicio universal, que puede proponerse sólo hasta que se ha hecho pago al acreedor (art. 1.480 paraf. 3º), y algunos más que se encuentran en su articulado.

Pero falta en nuestra ley procesal un precepto de tipo general similar al contenido en el artículo 743, en el que se ordenara a los jueces que repelieran los incidentes que no hubiesen sido formulados tan pronto como su causa no hubiese sido conocida ó debido ser

conocida por la parte, é incluso cuando se propusieran escalonadamente, pudiendo serlo de forma simultánea, ya conjunta ya subsidiariamente.

Un problema concreto de oportunidad en la interposición de ciertos superincidentes se plantea por la duda que suscita el que nos de éstos, ideados para el proceso de ejecución, puedan ser promovidos también en el proceso de cognición, cuando incluso las partes estén de acuerdo en someter al juez la decisión de la cuestión superincidental surgida entre las mismas. Tal por ejemplo la tasación judicial de las costas causadas en un proceso aun no terminado, cuyo importe les interesaba conocer en aquél momento. En supuestos tales estimo que, habiendo acuerdo entre las partes, no oponiéndose a ello ni la ley ni el interés público, y siendo función y competencia del juez decidir sobre la materia, no hay obstáculo para que se pueda insertar en un proceso de cognición una figura superincidental pensada para un proceso de ejecución, pero que puede adaptarse al primero.

En la ley de Bases para la reforma de la Justicia Municipal de 19-VII-944, se marcan tres momentos para interponer cuestiones incidentales; uno: el de la contestación a la demanda, en el que deben oponerse las objeciones que obstaculicen la viabilidad total ó parcial de la demanda, por razones de fondo ó de forma (B. 10, apartado 6, regla 5ª); otro, el de la comparecencia ulterior, en el que deben formularse los incidentes de improcedencia del proceso de inferior, ó pequeña cuantía por razón del valor, el que se tramitará por las normas del artículo 496 de la L. de E. C. (B. 10 apartado C, regla 9, letra d) (11), y otro, para el incidente de nulidad

de actuaciones, que deberá iniciarse formulandose una protesta específica en el momento en que tal nulidad se apreció por la parte - que afecta (B.10 apartado C, regla 9ª, letra c).

### IX.- Adecuación del proceso incidental al proceso principal.

Mantiene Chiovenda con valor de principio básico, "que la forma prescrita para el pleito principal debe ser compatible con la declaración incidental" (1), y ello obliga a que antes de afrontar el tema de la adecuación del proceso de incidentes al proceso principal, sea necesario detenerse, siquiera sea brevemente, a contemplar las dos formas características del proceso que tradicionalmente se contraponen.

Ya Alcalá Zamora resaltaba la ancianidad, y, á la vez la actualidad del tema "proceso oral y proceso escrito" (2), y desde entonces hasta ahora no ha dejado de discutirse la supremacía de uno sobre el otro, en movimiento pendular, a través de los tiempos, Pero, antes de seguir adelante, conviene decir con Orbaneja (3), que en realidad es difícil encontrar un sistema tan absolutamente oral que no reserve alguna forma a la parte escrita, ni un sistema de escritura tan radical que, en mayor ó menor medida, no admita y regule actos realizados de viva voz, aunque en puridad puede definirse con Prieto (4), - que el principio de oralidad es el que obliga a realizar los actos del proceso -que no sean materiales- empleando la palabra, de tal suerte que sólo los que oralmente se aportan a la causa tienen valor para la resolución, y principio de escritura el que determina - que únicamente los que de esta forma se manifiestan en el juicio son valorables para el fallo: "quod non est in actis non est in mundo".

Chiovenda desplegó la bandera de la gran cruzada en pro de la oralidad como base de la reforma del procedimiento civil, porque consideró que ella llevaba consigo la concurrencia de los tres requisitos ó condiciones reputados como indispensables en el ordenamiento jurídico del proceso; la inmediación entre las partes que intervienen en el juicio y el juez, la concentración procesal en una ó muy pocas audiencias, y la identificación del juez que oye a las partes, recibe las pruebas y resuelve la litis (5); pero es el caso, que el mismo viejo maestro de los procesalistas modernos, al estudiar el proyecto de reforma del procedimiento elaborado por la comisión de la posguerra, se declara partidario del proceso escrito en sustitución del proceso oral (6).

Entre nosotros, De la Plaza se adhiere a la oralidad (7), aun reconociendo las dificultades y las corruptelas con que ello tropieza en la práctica (8), mientras que Prieto, a pesar de reconocer que la oralidad, mediante la concentración del proceso, evita en lo posible las impugnaciones separadas y los incidentes, no cabiendo en el proceso oral incidentes de previa tramitación, ya que éstos son consecuencia del proceso escrito (9), no deja de observar que si en la teoría se esperaban muchos beneficios de la oralidad, la práctica se ha encargado de mostrar sus innumerables inconvenientes, y la tendencia irrefrenable a sustituir muchos trámites orales por la presentación de escritos, ya que la claridad, la mejor reconstrucción de los hechos, la mayor naturalidad en la expresión y la disminución del dolo y del fraude procesal, que era lo que se quería alcanzar con el proceso oral, no siempre resultó así, sino que por contra, en él se derivaba hacia la improvisación, el desorden, las audiencias interminables, la superficialidad y otros muchos defectos



(10), decidiéndose por la escritura, ya que el juicio civil, dado su - caracter eminentemente técnico, donde las valoraciones jurídicas dominan sobre las humanas, debe darse preferencia a la escritura, aunque sea templada, en ciertos momentos, con determinadas concesiones orales (11).

También esta vuelta en favor del proceso escrito se nota en otros autores extranjeros, como Salmi, Grandi y Goldschmidt (12), é igualmente se patentiza el hecho singular de que entre los enemigos de la oralidad se encuentren muchísimos abogados, pese a ser - ella una de las dos columnas sobre que descansa el prestigio de muchos bufetes (13), llegando a decir Pereira Braga, que el proceso escrito es la gran garantía creada por la Iglesia, y que su deformación solo es imputable a escribanos y procuradores que lo deforman para cobrar más costas (14), aunque <sup>e//o</sup> ~~solo~~ siempre es preferible a un exceso de verbalismo muy propio de las declamaciones demagógicas - (15).

En el Congreso de Ciencias Procesales de Córdoba -Argentina- de 1.939 se llega a la conclusión de que la oralidad y la escritura no corresponden a dos tipos antitéticos de proceso; que el problema de la justicia no ha de solucionarse mediante la opción por uno ú otro, y que había que recurrir a la oralidad tan solo para - ciertas clases de actividades judiciales, y a la escritura para el resto (16).

En ésta situación la discusión doctrinal sobre la materia en el I Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en Madrid en 1.950, se llegó a la conclusión formulada por el profesor Prieto -

Castro, como ponente del tema "oralidad y escritura en el proceso civil", según la cual la historia del proceso español muestra que el procedimiento escrito ha sido practicado tradicionalmente en España sirviendo a la justicia, pero sin embargo la escritura en toda su pureza no es eficiente, y es preciso volver la mirada hacia algún aspecto de la oralidad (17).

En el campo del derecho positivo, nuestra L. de E.C. acepta el tipo de proceso predominantemente escrito, no solo para regular el proceso base, cual es el mayor cuantía (art. 524 y ss.) (18), sino la mayoría de los que reglamenta, por ejemplo, el menor cuantía (art. 680 y ss.), el tramitado en rebeldía de una de las partes (art. 762 y ss.) el juicio de arbitros (art. 806 y ss.), el ejecutivo (art. 1429 y ss.) etc, pero a su lado establece otro predominantemente oral, llamado juicio verbal (art. 715 y ss.), cuyo procedimiento, con más o menos variantes, se acepta para otros juicios especiales, como el de desahucio (art. 1.570 y ss. y 1.589 y ss.), el de alimentos provisionales (art. 1.609 y ss.), etc, y en la misma ley encontramos un tipo de juicio mixto de escrito y oral, el de interdicto (art. 1.642 y ss.), aunque el proceso esencialmente mixto es el mal llamado de cognición, que los tratadistas ~~se~~ identifican con el nombre de proceso de inferior cuantía (19), o de pequeña cuantía (20), creado por la ley de Bases para la Reforma de la Justicia municipal, promulgada en 1.944. También las leyes especiales han estructurado procesos unas veces predominantemente ~~se~~ escritos (art. 41 de la L.H. y 137 del R. H.), otras predominantemente orales, como el desahucio por falta de pago en los arrendamientos rústicos y urbanos ~~leyes de~~ arrendamiento correspondiente, (arts. 29 y 162 respectivamente), y

otras de tipo mixto (disposición transitoria tercera, letra A., norma 3ª de la L.de A.R. de 28-VI-940).

En cuanto al derecho extranjero, en general puede decirse que el proceso es predominantemente oral en los países anglosajones (21), y germánicos, y predominantemente escrito en las legislaciones latinas (22), aunque se nota una gran reacción a favor del proceso escrito en el derecho alemán (23), mientras que el austríaco se mantiene en los principios que le inspiró Klein (24), y el italiano, en cambio, gira algo hacia la oralidad en su código procesal de 1.940 (25).

En hispanoamérica el proyecto de Aguilar y Cabral para un código procesal de la provincia de Córdoba -Argentina- (26), y el proyecto Conture (27) se inspiran en los acuerdos del Congreso de la provincia citada, y las últimas reformas introducidas en el proceso civil y comercial de la Republica Dominicana, se orientan francamente hacia el abandono total del principio de oralidad en la fase del proceso en que principalmente era aplicado, en los debates, sustituyendolo por una intervención exclusivamente escrita (28).

El somero estudio que antecede sobre el estado actual de la doctrina respecto a la preferencia que deba dársele a la oralidad ó a la escritura como principios informantes del proceso, no tiene aquí mero valor bizantino, no tanto porque en la concurrencia de ambos principios en nuestro ordenamiento legal tienen sus raíces los problemas a que me voy a referir seguidamente, como porque aquél estado de opinión doctrinal y los razonamientos que lo fundamentan serán muy precisos para sacar de ello las consecuencias que se recogerán en el último capítulo de esta tesis.

Nuestra L.de E.C. estructura la generalidad de los procesos incidentales, superincidentales y paraincidentales como procesos escritos, aunque, a la vez crea un proceso incidental preferentemente oral para las demandas -cuestiones- incidentales ó consecuencia -paraincidentales- de otro juicio cuya cuantía no exceda de mil pesetas, el que deberá ventilarse por los trámites del juicio verbal, aunque su conocimiento corresponda, por competencia atractiva, al juez de grado superior (art. 488).

Además de estos dos grupos generales de procesos incidentales preferentemente escritos ó preferentemente orales, la misma ley regula ciertos superincidentes, referentes a cuestiones cuya cuantía base no excede de aquella cantidad, por un procedimiento casi oral, así el llamado recurso de audiencia en rebeldía (art. 786), las tercerías surgidas en ejecución de sentencia ó en embargo preventivo acordado en juicio verbal (art. 739 part. 1ª) y las demandas del beneficio de pobreza para litigar en la misma clase de juicios (art. 740 modificado por la L.de 5-VIII-907).

Conviene hacer constar que cuando estos incidentes ó superincidentes orales surgen en un juicio verbal, su tramitación, a pesar de ser común con la del proceso principal, no se confunde con éste, sino que lo incide y suspende mientras que se sustancia el proceso incidental y hasta que en el mismo recae sentencia firme. En éste sentido es la opinión de Guasp (29) y Manresa (30), aunque sería técnicamente mas perfecto que el proceso incidental se subsumiera en el proceso principal, claro que dando prioridad en el fallo de la sentencia a los pronunciamientos de la cuestión anormal prejuzgable sobre la cuestión del fondo, y así lo cree Prieto, para el -

que si el orden legal de los actos en el proceso escrito, es causa de que, para no romper la unidad querida del procedimiento, todas - las cuestiones incidentales hayan de sustanciarse y resolverse con independencia del fondo, permitiéndose incluso la apelación separada de las resoluciones que en ellas recaigan, en cambio, por virtud de la concentración propia de la oralidad, las cuestiones citadas se deciden juntamente con la cuestión de fondo y no cabe impugnación independiente en el proceso oral (31).

Dado que la adecuación de un proceso incidental oral es perfecta dentro de un proceso principal de la misma clase, é incluso muy fácil de conseguir dentro de un proceso preferentemente escrito, si para ello se habilita un acto de esta naturaleza, lo que no contradice la de aquél, por ser compatible la oralidad y la escritura en un mismo proceso según vimos antes, me parece que muchas cuestiones incidentales podrían resolverse mediante un proceso oral adecuado, incluso dentro de un proceso principal predominantemente escrito, como lo son nuestros ordinarios de mayor y de menor cuantía, según aceptadamente los ha considerado Wyness Millar (32). En cambio el proceso incidental escrito es totalmente inadecuado para encuadrarse en un proceso principal oral y ello ha planteado problemas que no escaparon a la consideración doctrinal (33), ni a la labor de la jurisprudencia (34).

Nuestras leyes, a veces, como en las cuestiones de competencia surgidas en procesos preferentemente orales y que habían de tramitarse como procesos superincidentales escritos, trata de evitar las ocasiones en que tales problemas pueden plantearse (art. 717; regla 5ª del apartado c. de la Base 1ª de la L. de Justicia Municipal y L.

de 17-VII-948); otras paralizan el proceso oral para la tramitación del superincidente escrito, rompiendo, incluso, con el principio de competencia atractiva, en favor de otro juez de jerarquía superior, como en las tercerías planteadas en ejecución de sentencia ó en embargo preventivo de juicios verbales, cuando la cuantía de la reclamación del tercero, es superior a la competencia cuantitativa d juez municipal lato sensu (art. 739, parfs. 2º y 3º), y alguna vez transforma la naturaleza oral del proceso superincidental en escrita, como en la recusación de jueces municipales (art. 218 y ss), pero, con ello y con todo, el problema queda en pié, porque en sustancia lo que se trata es del problema genérico de inadecuación de un proceso incidental escrito a un proceso principal oral (35), problema que se manifestará siempre que en el proceso oral se interfiera una de la mayoría de las cuestiones que aquí se catalogan como superincidentales, tales por ejemplo, la acumulación de autos (art. 160 y ss.), tasación é impugnación de costas (art. 422 y ss.) etc.

Iguales problemas pueden plantear la formulación de paraincidentes en relación con los procesos verbales. Un caso concreto lo ha resuelto la ley cambiando la naturaleza del paraincidente de escrito a oral, tal es la pobreza solicitada en juicio de esta clase (art. 740 modificado por L. de 5-VIII-907), pero en la generalidad conservan sus verdaderas estructuras, como en la jura de cuenta (art. 8 y ss.), diligencias preliminares (art. 497 y ss.), embargo preventivo (art. 1.397, parf. 2º), etc.

Esta inadecuación del proceso incidental -lato sensu- con respecto al proceso principal, cuando éste es oral, hace que aquél, que

es el secundario, derivado y adjetivo, sea, procedimentalmente, mucho más importante, extenso y complejo que éste, que es el principal, originario y sustantivo, y a la vez, que un proceso que se ha ideado sencillo y rápido, se vea entorpecido por cuestiones incidentales de tramitación mas complicada y lenta.

X.- La "cuadratura del circulo" de Carnelutti.

Plantea Carnelutti (1) una difícil cuestión, que aquí se designa como la de la "cuadratura del circulo", diciendo que el problema técnico de los incidentes se puede resumir del modo mas simple observando que la politica del proceso debe tender a economizar trabajo inútil; por ejemplo, si no obstante una excepción de incompetencia, el juez hubiese de agotar el procedimiento para terminar despues por acoger la excepción, ello representaría una pérdida de tiempo y de energía, y esta tendencia económica de la politica procesal se manifiesta en dos dimensiones; primera, señalando a la parte la necesidad de proponer los incidentes tan pronto como sea posible, al iniciarse el procedimiento, in limine litis, y segunda, permitiendo al juez resolverlos en la medida que se propongan, durante la instrucción, sin esperar al fin de ésta.

Pero se comprende inmediatamente que sólo en cuanto la solución sea definitiva, el peligro del trabajo inútil queda eliminado, mientras que si, por el contrario, el juez puede ó debe volver atrás, el peligro renace; pero como tambien la solución del incidente, para que se pueda considerar conforme a justicia, debe estar sometida a impugnación, resulta que para eliminar plenamente ese peligro, se debe suspender el procedimiento hasta que la resolución hubiera adquirido el caracter de inmutable, y de esta manera, por lo general, incidit in Seyllan qui vult vitare Carybdim; para eliminar un inconveniente



se produce el otro, esto es, para excluir el riesgo del trabajo inútil se corre el de ocasionar excesivos retrasos a la decisión, y el problema de los incidentes, cogido en medio, entre la necesidad de la economía y la necesidad de la justicia, se convierte en una especie de cuadratura del círculo.

En realidad el problema había sido visto antes, lo que no resta importancia a la originalidad de su planteamiento y al valor gráfico del nombre con que lo designa el ilustre profesor de Roma, pues ya decía Mattirolo (2), con distintas palabras pero igual sentido, que propuesto el incidente en causa formal, la tramitación y decisión del asunto incidental, debería necesariamente suspender la instrucción de la cuestión principal y preceder a la resolución de la misma, ó bien se podrían instruir simultáneamente las dos cuestiones -la principal y la accesoria- y solicitar en la misma audiencia la resolución, al mismo tiempo, del incidente y del fondo; admitir incondicionalmente que la instrucción y la decisión del incidente hubiera siempre de suspender la discusión y preceder a la definición del fondo, hubiera sido una medida peligrosa, porque habría proporcionado fácil y segura ocasión al litigante de mala fé para despojar a su adversario y dilatar hasta lo infinito el término del juicio por medio de otras tantas sucesivas propuestas de cuestiones incidentales; pero, por otra parte y en sentido opuesto, no se podía, con una fórmula general, prescribir que siempre fuesen instruidos simultáneamente el incidente y el fondo, y resueltos a la vez por el tribunal porque hay incidentes que se presentan como antecedentes lógicos de la cuestión principal, de manera que, admitida la cuestión prejudicial, por ejemplo, la declinatoria de jurisdicción, es completamente

inútil y se debe anular la discusión hecha del fondo del asunto.

Tambien Prieto (3) habia vislumbrado la cuestión haciendola deri var, como legitima consecuencia, de dos principios sucesivamente infor madores de cierto tipo de proceso, los principios de escritura y de orden legal caracteristicos del proceso escrito, mientras que en bue na técnica procesal éste problema no debia plantearse en el proceso oral, y así dice que el orden legal de los actos, consecuencia de la escritura, es causa de que, para no romper la unidad querida del pro cedimiento, todas las cuestiones incidentales han de sustanciarse y resolverse con independencia del fondo, permitiendose incluso la ape lación separada de las resoluciones que en ella recaigan; en cambio, por virtud de la concentración propia de la oralidad, las cuestiones citadas se deciden juntamente con la cuestión de fondo, y no cabe in pugnación independiente.

- - - -

Tanto en el campo de la geometria como en el del proceso, el pr oblema de la cuadratura del circulo es totalmente insoluble, siendo igualmente imposible la total concordancia de los principios de eco nomia procesal y de seguridad del resultado tal como queda plante da la cuestión, y respecto a ello se pueden adoptar tres posiciones distintas:

La primera de ella es la sustentada por la antigua práctica pro cesal, que mantenía la preponderancia absoluta del principio de segu ridad en el resultado sobre el principio de economía procesal, y, en su consecuencia, toda cuestión incidental era de prévia tramitación, con interrupción del proceso principal mientras que aquella se sus tanciaba y decidía definitivamente. Teóricamente no hay duda que és te criterio es mas puro en su aspecto jurídico, por cuanto supedita

valores meramente temporales ó económicos a otros de estricta justicia; pero él fué totalmente desprestigiado en la práctica forense, ya que se prestaba a cuantos abusos, dilaciones y malicias curiales que se denunciaron en otro lugar (4), hasta el punto de que ningún procesalista moderno lo defiende y ningún ordenamiento jurídico vigente lo mantiene.

- - - -

Radicalmente contrario es el segundo criterio, que dá absoluta preferencia al principio de economía procesal sobre el de seguridad en el resultado, siendo tal la opinión que defienden la mayoría de los procesalistas españoles contemporáneos, incluso Bellón (5), quien fundándose en su larga experiencia profesional asegura que bien conocido el abuso de los incidentes, subsisten por ser generalizada la creencia entre los profesionales de que, llegada la resolución del asunto principal, fuera ineficaz todo el curso del litigio por cualquier aspecto formal que impidiera tratarlo a fondo, pero esto, que también puede suceder, no obstante persista el procedimiento incidental, por defecto de trámite, parece preferible a la posibilidad que autoriza de que no llegue el pleito a estado que consienta se finalice del todo, y a él se presta.

En igual sentido se pronuncia Jimeno Gomarra estudiando los efectos del incidente de nulidad de actuaciones (6), y Guasp (7), para quien la anomalía objetiva que el incidente supone reviste siempre gravedad pero si a ello se agrega que el proceso base no queda, en tal caso, alterado, sino duplicado mediante la implantación de una figura paralela que corre a veces suspendiendo la tramitación principal, a veces simultáneamente a ésta, la nocividad del mal queda innecesariamente aumentada, sin que quepa decir que por exigir el incidente una solu-

ción previa y especial con requisitos, procedimiento y efectos propios, sea indispensable al trazado de un proceso incidental separado del mismo, pues hubiera sido perfectamente posible que, de hecho, el segundo hubiera absorbido al primero, con las indispensables divisiones internas de cada acto que se estimaran necesarias.

También De la Plaza, aunque expresamente no lo dice, parece ser partidario de éste criterio favorable al principio de economía procesal, por cuanto estima que, para evitar que la atención del juzgador se disperse, es necesario que el proceso se concentre, lo que significa que hay que evitar, en cuanto sea posible, la solución de continuidad y la fragosa interposición de cuestiones incidentales que, a pesar de serlo, parecen gozar de autonomía y aún autoriza, al margen de la resolución final, recursos independientes (8).

- - - -

Las causas que han decidido a los procesalistas españoles a sobreponer al principio de economía procesal al de seguridad en el resultado en materia de incidentes, son las mismas que impulsaron a todos nuestros intentos de codificación procesal para limitar y fijar el número de incidentes de previa tramitación, y en éste sentido la regla 3ª del art. 48 del Reglamento Provisional de 1.836, el art. 58 de la Instrucción del Marques de Gerona, algunas medidas de la ley procesal de 1.855, la Base 5ª de la Ley de 21-VI-880, fundadora de la actual L. de E.C.; estas causas pesaron también en el ánimo de la comisión de codificación que articuló la última ley (9), y en la redacción de la exposición de motivos y arts. 3ª parf. 2º, 5ª parf. 2º, 21, 24, 26 y 27 del proyecto de reforma de 21 de abril de 1.950. Pero a pesar de ello el mal no ha podido atajarse hasta ahora.

En apoyo de esta opinión de los procesalistas españoles, puede alegarse que la experiencia prueba como en el recurso de casación por quebrantamiento de forma, cuyos efectos, en cuanto declarar inútil el trabajo y el tiempo invertido en la tramitación de un proceso son iguales a los producidos en caso de prosperar un incidente - que acarree nulidad de actuaciones, cuando el mismo se decide en la resolución definitiva del proceso principal, aquellas pérdidas de tiempo y de trabajo son raras, pues en el quinquenio 1.946-50, de 72 recursos de casación interpuestos por quebrantamiento de forma, solo prosperaron 9. (10).

- - - -

El tercer criterio es un criterio eclético y precisamente está defendido por los profesores italianos que plantearon claramente la cuestión, quienes tratan de compaginar en todo lo posible los principios opuestos, dando preferencia, en cada caso, a uno u otro, según las circunstancias concurrentes al mismo.

No es muy satisfactorio el intento de Mattirolo para conseguirlo, pues la norma abstracta que formula para determinar en un caso concreto si el incidente es ó no de prévia tramitación, descansa en la concordancia ó no de las peticiones formuladas por las partes - (11), y precisamente esta concordancia no es mas que uno de los aspectos de la relación que debe existir entre la cuestión incidental y la principal, de tal forma que si ésta relación falta ó se debilita puede dejar de ser la cuestión incidental propiamente tal, por lo menos stricto sensu.

Para resolver su "cuadratura del círculo", Carnelutti <sup>califica</sup> ~~considera~~ como incidentes prejudiciales, de prévia tramitación, a los que no -

tienen una íntima conexión con la cuestión de mérito, sino con la procedibilidad de la demanda, y se dan en cualquier juicio de mérito dependiendo de ellos la posibilidad de que se produzca o no éste, como por ejemplo la competencia del juez, la legitimación del actor. Y son no prejudiciales, de simultánea tramitación, los que tienen una íntima conexión con la cuestión de mérito, no oponiéndose a la procedibilidad de la demanda, y se dan en un determinado juicio de mérito, dependiendo de ellos cual será entre varios el juicio de mérito que se produzca, ejemplo, si una prueba debe ó no ser admitida por el juez.

El concepto de prejudicialidad se refiere a la prejudicialidad jurídica, no a la lógica, que ésta concurre en todo incidente.

- - - -

Nuestra L. de E.C. parte del principio general, que sin embargo no formula expresamente, de que todo incidente es de tramitación simultánea, pero, a su vez, establece una serie de excepciones que casi anulan, en la práctica, la vigencia del principio; estas excepciones podemos agruparlas en tres apartados: en uno se comprenderían los incidentes referentes a la nulidad de actuaciones -actos- procesales, a la personalidad -capacidad y legitimación- de las partes, ó a la representación de los procuradores, por hechos ocurridos después de contestada la demanda (art. 745, nros. 1º y 2º); en otro apartado se integrarían aquellos superincidentes a los que la ley le dé tal carácter de previa tramitación, como las excepciones dilatorias - (arts 532 y ss.), fijación de la cuantía litigiosa (art. 492 y ss.), cuestiones de competencia (art. 72 y ss.), acumulación de autos - (art. 160 y ss.), tercerías (art. 1.532 y ss.) y recusaciones (art.

188 y ss.); y en el tercer apartado habria que englobar todos los incidentes que por exigir un pronunciamiento previo sirven de obstáculos a la continuación del juicio (art. 744), fórmula legal desafortunada, según se ha criticado acertadamente (13), aunque no tanto como la de considerar incidente de tal categoría a cualquier otro que ocurra durante el juicio, y sin cuya previa resolución fuera absolutamente imposible, de hecho ó de derecho, la continuación de la demanda principal (art. 745 nro. 3º), que es una repetición, agravada en sus defectos, de la fórmula anterior, y digna como ésta de censura (14), siendo entrambas, juntamente con la parquedad de los jueces para repeler de oficio los incidentes que no tengan relación inmediata con el asunto principal que sea objeto del pleito en que se promueve; ó con la validez del procedimiento (art. 743 - en relación con el 742) las causas de que los incidentes sean aún un arma temible en manos de un litigante de mala fé.

Otros preceptos procesales mas modernos de nuestro ordenamiento jurídico, se orientan en el sentido de dar preferencia a la simultánea tramitación, subsumiéndose la cuestión incidental en el proceso principal y decidiéndose también en la resolución definitiva, aunque los pronunciamientos sobre el incidente sean previos, dentro del mismo acto procesal, a los de la cuestión de mérito, tales, por ejemplo, en la ley de suspensión de pagos de 1.922 (art. 20) (15) la L. de B. de la J.M. de 19-VII-944 (Base 10, apartado c, regla 9, epígrafe c), aunque en éste mismo texto no falte la cita taxativa de ciertos incidentes que tienen previa tramitación, como los de nulidad, de actuaciones (en el mismo precepto citado últimamente), el superincidente de fijación de cuantía litigiosa (Base 10, apartado

c,regla 9 epigrafe d, párrafo 2º) y el paraincidente de solicitud del beneficio legal de pobreza (Base 10, apartado c, regla 9, epigrafe d, párrafo 1º), aunque este paraincidente se tramite por las normas del juicio verbal.



# XI.- "Incidens incidentis".

Concebido el incidente en su planteamiento como un proceso duplicado al lado del proceso principal (1), que a veces se tramita paralelamente a éste, como en los incidentes de simultánea tramitación, y otra se incrusta en él, como en los incidentes de previa tramitación y en los incidentes generales que surgen en los procesos verbales (art. 740), y precisamente por tal carácter, ~~si~~no de proceso totalmente autónomo, por lo menos de proceso aisladamente perfecto, plantéase inmediatamente el problema de si en el proceso incidental pueden acaecer, a su vez, otros incidentes, es decir si es posible el "incidens incidentis".

Considerado el incidente lato sensu, hay que contemplarlo desde tres puntos de vista distintos, que corresponden a otras tantas perspectivas determinadas por distintas circunstancias operantes y muy dignas de tenerse en cuenta: desde el jurídico-doctrinal, desde el meramente legal y desde el de la economía procesal.

Desde el punto de vista jurídico-doctrinal, que tiene por base la consideración del proceso incidental como un proceso formalmente independiente y perfecto, hay que convenir en que en él pueden acaecer cuestiones incidentales a su vez que, con relación a la cuestión principal—normal— principal en cuanto al incidente, normal en cuanto a la de mérito del proceso incidental originario—reunen los caracteres de anormalidad, relación con ella, intercurrenten

cia, y prejudiciales, es decir, verdaderas cuestiones incidentales de la primera cuestión incidental, y que ideado un tipo de proceso para sustanciar todo incidente, considerado en abstracto, tal debe ser el tratamiento que haya de darsele al "incidens incidentis". Este criterio coincide con la afirmación de Guasp, según la cual en principio nada hay que se oponga a que quepa promover un incidente en otro incidente (2).

La L. de E.C. ni en su regulación del incidente atípico (art. 741 y ss.) ni en ninguno de los que aquí se llaman superincidentes formula norma categórica autorizando ó prohibiendo el planteamiento de cuestiones incidentales secundarias, es decir de incidentes de incidentes, aunque cabría estimar que su criterio es prohibitivo apreciando que para que una cuestión sea incidental ha de tener relación inmediata con el asunto principal que sea objeto del pleito en que se promueve, y como, pese a su defectuosa terminología, a través de su articulado no se confunden los conceptos de pleito é incidentes, que equivalen a juicio principal y proceso incidental, el incidente ha de tener relación con aquél y no con éste; pero es que, además, esta relación ha de ser inmediata, condición modal<sup>ve</sup> no sólo puede interpretarse en cuanto a la naturaleza intrínseca de las dos cuestiones planteadas, la principal y la incidental (3), sino también en cuanto a su mútuo enlace, y en tal caso la cuestión que promueve el pretendido incidens incidentis sería inmediata de la cuestión incidental primera, pero sería mediata de la cuestión principal originaria, de donde - cabe afirmar que no solo no sería arbitrario rechazar, desde el punto de vista meramente legal, la posibilidad de promover un in-

cidente en otro proceso incidental, sino que con ello se daría fiel cumplimiento a otro precepto (art. 743) de nuestra ley procesal.

Y no cabe duda que desde el punto de vista de la economía procesal, principio que no puede olvidarse sin más, pues que el abuso - del tiempo, del trabajo y del coste puede convertir a lo puramente justo en prácticamente injusto, la condenación de la posibilidad del incidens incidentis es recomendable, pues que si nó, se facilitaría la posibilidad de engarzar una cadena de incidentes, que denotaría una maniobra abusiva del litigante que los promoviera, reveladora de sus manifiestos mala fé y dolo procesal.

- - - -

Esta doctrina que se ha expuesto con relación al incidente en sentido amplio, es de ~~exata~~ aplicación al incidente en sentido estricto, y tal es la opinión que sustentan los procesalistas españoles que se han ocupado de la materia (4) a juzgar por las breves observaciones que a esto le dedican, é igual criterio parece deducirse de la jurisprudencia de nuestro T.S. según la cual no cabe un incidente para pedir la nulidad de otro incidente (5), como tampoco plantear otro incidente para discutir la capacidad del actor incidental para promover, como promovió, otro incidente en un proceso principal (6), pero en cambio, sus aplicaciones a los distintos tipos, parecidos pero diferentes, de los incidentes que antes se catalogaron, viene mas o menos condicionada por el juego preferente del principio jurídico-doctrinal ó del de economía procesal, que en cada uno de ellos opera con mas ó menos intensidad.

- - - -

En la mera incidencia, la propia sencillez y su menor importan-

cia jurídico-cuantitativa (7), que aconseja un brevisimo y adecuado tratamiento procesal, en cada caso determinado por el propio juez, son tambien motivos de que no pueden surgir en ellas mismas otras cuestiones incidentales secundarias, y ello por dos razones: la una porque ya ésta propia complicación obtensible a través de la incidencia en ella sobrevenida le quitaría aquél elemento de sencillez y menor importancia que le caracteriza, elevandola a la categoria de incidente stricta sensu, y la segunda porque permitiendo el silencio legal al juez que idee un trámite sencillo en cada caso para resolver la mera incidencia, dentro del mismo han de tener cabida todos los aspectos de ella para que tal función judicial cumpla correctamente su cometido.

Este trámite suele ser, alegación y contestación de las partes, ya en muy breves escritos, si el proceso es así, ya de palabra, si el proceso es oral, y resolución inmediata y definitiva del juez, aun haciendo constar la protesta de la parte a quien ello interese, tal por ejemplo ocurre en la declaración de pertinencia ó impertinencia de una posición para prueba de confesión judicial, respecto a la cual la representación del confesante estimare que el hecho no era personal (art. 584 en relación con el 587).

- - - -

En el superincidente, aunque el mismo trato especial que la ley le concede denota su mayor importancia cuantitativa, no quiere ello decir que tenga mas autonomia como proceso, y hasta tal punto contraria es la realidad que algunos de ellos, como las excepciones dilatorias, pueden integrarse y confundirse procedimentalmente con el proceso mismo, cambiando su naturaleza de tales, por el solo hecho del momento de su interposición, a tenor de como estan concebidas -

por nuestra L.de E.C.

Sin embargo, en cierta doctrina extranjera como la Argentina, donde la "perención" ó caducidad de instancia ha de alegarse y probarse por la parte interesada en ello, mediante un superincidente especial, en el que el juez ha de hacer tal declaración, puede ocurrir que el proceso superincidental de "perención" caiga también, a su vez, en caducidad en cuyo caso esta caducidad del superincidente ha de ser declarada en igual forma que hubiera de haberlo sido la primera (8), y en tal caso nos encontramos ante un verdadero supuesto de "incidens incidentis".

Dentro de los que se consideran como superincidentes, aquél que presenta una mayor autonomía procesal es el de recusación, hasta el punto de que solo mediante su construcción legal un tanto forzada se evita en cambio de juez en parte (10), y precisamente es en él donde la doctrina jurisprudencial, seguramente subrayando aquella autonomía acusada, ha dudado en admitir el incidens incidentis, pues, aunque no con <sup>rece</sup> ~~com~~posición al caso, pero sí en forma que puede deducirse su criterio respecto al mismo, en una ocasión (11) dice que es inadmisibles tratar de someter, mediante una recusación, a examen y discusión las resoluciones judiciales, para juzgar no sobre el acierto ó desacierto de las mismas, sino también de la legitimidad del móvil en que ~~hallan~~ podido inspirarse los juzgadores al dictarlas, cuestiones anormales, observo yo, respecto a la normal de la recusación, aunque la incorrecta habilidad de la parte que las propone trate de confundirlas con la principal; luego si no se admite el planteamiento de estas cuestiones anormales, cabría poderse mantener que tampoco se admitirá el de cualquier otra cuestión distinta a la principal del su-

perincidente.

Pero, en cambio, el mismo T.S. ha resuelto en otra ocasión (12) que no procede casación contra el auto en que se declaran válidas las actuaciones practicadas después de la inhibición infundada, según el recurrente, auto no casable que presupone la anterior existencia de un incidente de nulidad de actuaciones al que ponía fin, relacionado con otro superincidente de recusación que era su base.

Con éste mismo criterio no cabe duda que han de admitirse los incidentes en los superincidentes de tercerías surgidas en ejecución de sentencia, ya que éstas llegan en su relativa autonomía hasta tener designada por la ley el mismo trato procesal que un proceso declarativo ordinario (art. 1.534, par. 2º); y en los procesos ordinarios instados para conseguir la declaración de nulidad de otro anterior, aunque a aquellos los haya considerado, erróneamente, como incidentes de estos otros, la jurisprudencia del T.S. (12).

- - - -

En los procesos paraincidentales no cabe duda que sí pueden acaecer incidentes, y ello por las siguientes razones: porque entre ellos y el proceso principal ya se vió que en realidad no existe una relación inmediata de dependencia, sino más bien una coordinación según la terminología carnalutina (13), que hace más patente, la autonomía del paraincidente, de tal forma que los accidentes que surjan en la tramitación de éste no obstaculizan la prosecución del proceso principal, y hasta ni repercuten eficazmente en el mismo, y así la nulidad de actos procesales en el superincidente de pobreza ó en el embargo preventivo, no acarrea la de las actuaciones del proceso principal con que el mismo se relaciona, y viciversa (13),

Asi lo ha entendido la jurisprudencia del T.S. en varios casos por ejemplo al resolver que las tercerias de dominio interpuestas en embargo preventivo, deben tramitarse como incidentes del procedimiento que las motivó, y ante el mismo juez (14).

## XII.- Via procedimental adecuada.

Resalta Guasp (1) la excesiva importancia que nuestra L.de E.C. concede a cierta perspectiva superficial de los incidentes, fijandose en la materialidad de la documentación que en cada caso ha de formarse, es decir, refiriendose a la independencia ó no de los actos de formación material-constancia- a que el incidente da lugar según se tramite en pieza separada ó en los mismos autos del proceo principal, y aun reconociendo la certeza de tal crítica, conviene, no obstante, no incurrir en el error contrario de desestimar excesivamente tal aspecto, que indudablemente tiene su propia valoración, captada fácilmente por quien observa asiduamente la práctica procesal y procedimental.

La via procedimental de los incidentes en cuanto estos son concebidos como procesos relativamente autónomos, aunque ligados al principal, unas veces se incrusta en éste mismo proceso base apareciendo sus actos documentados conjuntamente, y con mutuas interferencias, en las mismas actuaciones, y otras corre tal via procedimental, con mas independencia, paralelamente al procedimiento principal, teniendo su documentación en pieza ó ramo de actuaciones separado y particularísimo.

Y cuando el incidente se tramita en los mismos autos del proceso principal, su via procedimental puede adoptar la de un procedimiento oral ó la de un procedimiento escrito, por lo que en reali-



dad tenemos tres tipos de vias procedimentales para albergar los incidentes, cuyos tipos se estudiaran por el orden que parece mas propicio para su mejor entendimiento.

- - - -

Doctrinalmente es difícil defender la conveniencia de un procedimiento escrito para tratar una cuestión incidental con interferencia en el proceso principal, y ello no ya por las razones que se alegaban en el capítulo precedente, sino tambien por otras que, no por ser de aspecto predominantemente material y de simple práctica, dejan de tener su importancia; baste recordar que si cada proceso se manifiesta y exterioriza a través de un procedimiento (2), los distintos actos procesales que lo constituyen son ostensibles mediante la documentación de los mismos, y por medio de ésta documentación de actos llegamos a conocer la esencia de los mismos, pero si tales documentaciones de los actos procesales del incidente se mezclan, interfieren y barajan con otras documentaciones de los actos de procesos distintos, ya del principal ya de otros incidentes, la hilación lógica en que todo proceso se desarrolla se haria difícil para la comprensión, dificultad que solo puede superarse mediante un gran esfuerzo mental, como el que hubiera de hacerse en el intento de leer varios libros distintos, cuyas páginas fuesen intercaladas mutuamente en la misma encuadernación. Esta dificultad debe evitarse y puede ser evitada con facilidad.

En nuestra L. de E.C. se dá lugar a que se produzca tal interferencia de actuaciones, no ya en la tramitación de los incidentes de previo y especial pronunciamiento (arts. 744 y 745) que por suspender totalmente la tramitación del proceso principal algo evita el confusionismo, salvo que se interpongan varias cuestiones de esa

naturaleza a la vez, cosa no rara cuando interviene un litigante de ma la fé, sino tambien en todas las cuestiones que calificamos como incidencias, y en algunos superincidentes, tales la recusación de peritos (art. 619), la tacha de testigos (art. 660), etc. y hasta en algunos paraincidentes, como el de los alimentos del concursado (art. 1.314) y el del arresto del quebrado (art. 1.325), por ejemplo.

- - - -

Otra via procedimental al servicio de las cuestiones incidentales que regula nuestra ley procesal, es la propia de un proceso oral, con todas las características del mismo (art. 740), si bien limitada a algunos de aquellos incidentes que surgen durante la tramitación de un proceso principal de igual tipo, y respecto a ella se plantean dos problemas que conviene considerar: primero, si es acertado mantener la independencia procedimental de ambos procesos orales, el principal y el incidental, ó si conviene ~~que~~ aquél y éste se confundan en uno solo; y segundo, si tal via procedimental sería útil a algun incidente acaecido en un proceso escrito, sin romper la adecuación entre ambos, a que antes se hizo mención.

Quedó dicho (3) que éste tipo de proceso incidental oral, a tenor de nuestro ordenamiento procesal, vive en el campo del procedimiento con entera independencia, incrustado en el proceso oral principal, y estimo, por las razones de claridad y fácil comprensión que en la prática produce esto, según término de exponer, que ello es un acierto aun que se contradiga la pretendida absorción de un proceso por otro, absorción que defiende Guasp (4), ya que la duplicidad de proceso, por ser éstos de tipo oral, no acarrea graves perjuicios ni grandes retrasos, los que muy bien se contrarrestan, por otra parte, con aquella cla-

ridad y fácil comprensión deseada, y con ello conseguida.

En cuanto a la conveniencia o no de que incidentes surgidos en procesos escritos se sustancien por vía procedimental oral, no rompiéndose con ello la adecuación de vida entre ambos procesos, y que antes se defendía (5), y no produciendo tampoco confusionismo un solo acto procesal de distinta finalidad lograda en sí mismo, intercalado en un proceso diferente, es indudable que debe optarse por la solución afirmativa, y esto por varias y sólidas razones. En primer lugar las cuestiones incidentales no suelen ser tan dificultosas, en sí misma, que no puedan aclararse y decidirse mediante un proceso sencillo como es el oral; en segundo, el principio de economía procesal, é incluso otras consideraciones de mera economía monetaria aconsejan que se opine así, y por último, la rapidez con que se tramita un proceso oral, quitaría el valor obstruccionista que el incidente tiene en manos de un litigante de mala fé.

En la doctrina procesal científica mucho se ~~asemeja~~<sup>asemeja</sup> a éste proceso incidental oral que aquí se defiende, la audiencia preliminar ideada por Kleins en 1.891 (6), audiencia preliminar que ha sido defendida después por Carnelutti (7), Prieto (8) y Freiré que la ha estudiado muy particularmente (9), y en la que, entre otras cosas, pueden dilucidarse y decidirse gran número de cuestiones incidentales (10).

No sería osado considerar como precedente de ésta audiencia preliminar, que tanto se parece al proceso verbal que aquí se estima adecuado para ciertos incidentes surgidos en proceso escrito, dentro del mismo derecho romano, las audiencias del pretor y del conciliador, en las que se proponían todas las demandas, tanto incidentales

como la principal, y en la que unas y otras eran tratadas conjunta ó separadamente según el pretor ó conciliador lo estimaba oportuno; si las partes llegaban a convenirse sobre la resolución del incidente planteado, se procedía, para su ejecución, mediante simple ordenanza; y si, por el contrario, dicha coincidencia no resultaba, la cuestión era resuelta por sentencia interlocutoria, ó también en la misma sentencia definitiva sobre el fondo (11).

Modernamente la audiencia preliminar fué regulada por el C.P.A., y de allí ha pasado<sup>a</sup> otras muchas legislaciones, como la alemana, la checa, la polaca, la danesa, la sueca, la italiana, la brasileña, la portuguesa y al modernísimo código de procedimientos de la Ciudad del Vaticano (12).

Una audiencia de este tipo, pero con misión excesivamente restringida, se ideó (13) por la Comisión General de Codificación, en su justamente fracasado proyecto de Ley de Bases para la reforma de la L. de E.C. de 1.944. En cambio el proyecto de reforma de 1.950, que se manifiesta más progresivo en muchos conceptos, para modernizar nuestros arcaicos procesos de mayor y menor cuantía, no se ha hecho eco de ésta innovación, que tanto facilitaría su empeño, a la vez que podría sustituir a los desaparecidos escritos de réplica y dúplica, sin menoscabo de la clara delimitación de las cuestiones debatidas.

- - - -

Pero hay algunas cuestiones incidentales, tanto de previa como de simultánea tramitación, que por la mucha complejidad que ofrecen ó por su propia naturaleza, como las acumulaciones de autos ó la recusación del juez, no es fácil ó no es posible que puedan tramitarse en un breve procedimiento oral, y ellas requieren, por tanto, un tipo

de proceso incidental escrito, mas ó menos variado. Estos procesos incidentales escritos, por las razones de dificultad en la comprensión repetidamente citada, deben tramitarse siempre en pieza separada, é incluso pieza separada que se encabezase con los escritos en los que se planteara la cuestión incidental con entera independencia de los autos principales, aunque a éstos se llevase nota acreditativa de tal acaecimiento procesal, con valor suspensivo ó no suspensivo del proceso base, según que el incidente fuese de previa ó simultánea tramitación.

Este sistema es adoptado por el C.P.A. y por el Z.P.O. como observa y estima aceptado Freiré (14), y en el mismo criterio se inspiraban las "Instituciones del Marqués de Gerona" al disponer que de todo caso incidental que legalmente ocurra en un juicio se formará precisamente pieza separada para que nunca se entorpezca el curso de la tramitación, aunque a renglón seguido hace ciertas concesiones que anulan, en parte, tan buena intención, al añadir que ello no procede cuando se trate de casos tan intimamente unidos con la cuestión principal, que no sea posible dividirlos.

En nuestra L. de E.C. se reserva la tramitación de los incidentes en pieza separada para aquellos que no sean de previo y especial pronunciamiento, y para los superincidentes de tramitación especialísima, confundiendo así dos conceptos distintos, el de la previa ó simultánea tramitación con el de la misma ó distinta vía procedimental adecuada, y sin reparar que tal vía procedimental separada, puede adecuarse también para los incidentes, que, según nuestra ley procesal, han de tramitarse en los mismos autos principales, criterio equivocado que seguirá el Código Argentino, sin censura por

ello en la glosa que sobre éste particular le hace el profesor bonaerense Hugo Alsina.

### XIII.- La resolución del incidente y su eficacia.

Dice Schönke que sentencias incidentales son aquellas que resuelven sobre cuestiones litigiosas que surgen aisladamente ó reunidas en un proceso, en forma definitiva, antes de que se decida sobre el proceso en su totalidad, y respecto a las cuales no se discute en los debates habidos sobre el asunto principal, por lo que son partes anticipadas de la sentencia final (1). Del análisis de éste concepto, el mas concretamente formulado que conozco, en relación con los aspectos que la resolución incidental ofrece en la práctica, resalta, a la vez que la inexactitud del mismo, la serie de problemas que éste punto concreto, dentro de la teoría del incidente, plantea, quizás los más hondos en aspecto doctrinal y de mayor trascendencia en la práctica procesal.

También convendría, antes de seguir adelante, hacer constar que no puede tampoco aceptarse el lugar que le corresponde a la resolución incidental, en el encuadramiento que Aragoneses hace de las resoluciones procesales (2), y eso que ésta clasificación, inspirada y superando a la de Kisch (3) es la más completa a mi entender, y no puede aceptarse porque no siempre las resoluciones incidentales son sentencias, y si bien cuando lo son ponen fin a un incidente, por diferencia de las definitivas, que terminan un proceso principal, las categorías de firme y firmísima, que Aragoneses parece encuadrarlas como de superior grado en la misma escala de las anteriores, corresponde, en realidad, a distinta escala de vale-

raciones, que puede conjugarse con las anteriores, y así, lo mismo una sentencia interlocutoria que una definitiva pueden ser firmes, poniendo término a sendos procesos incidentales y principales, y, en cambio, alguna sentencia definitiva, como la recaída en un juicio de desahucio, no puede ser firmísima, por no producir excepción de cosa juzgada material, como le corresponde a la incidental, é incluso, llegando más allá de la clasificación de Aragoneses, la sentencia incidental puede ser alguna vez ejecutoria, como las sentencias firmes recaídas en tercerías cuando prosperan, y puede una sentencia definitiva no ser ejecutoria, como cuando es meramente declarativa, cual ocurre en la mayoría de los incidentes.

- - - -

El primer problema que surge, respecto a las resoluciones incidentales, es el referente al tipo a que éstas deben ajustarse por su forma y en ello lo primero que resalta a la vista es que hay alguna cuestión incidental que por su trato procesal tiene categoría de superincidente sobre la que no recae resolución ninguna, como la tacha de testigos (art. 666), quedando reducido el resultado a que se llegue mediante este proceso superincidental sobre la cuestión anormal sobrevenida, a que sea un mero antecedente lógico-psicológico que determinará al juez en cierta forma a la hora de dictar el fallo definitivo (4).

Por otro lado todas las resoluciones que resuelven las meras incidencias adoptan la forma de providencia, y no siendo providencias de mera tramitación, según la acertada diferenciación de Prieto (5), cabe contra ellas el recurso de reposición y de apelación (art. 377 y ss.), por lo que en definitiva pueden adoptar la forma de auto



forma que toman en todo caso las resoluciones de ciertas incidencias, como los simples recursos de reposición contra providencias de mero trámite (art. 376) ó los recursos de aclaración de ~~santen-~~ ~~cia~~ (art. 363).

Otras veces estas cuestiones incidentales, cuando surgen en procesos orales y no se resuelven en la sentencia definitiva, ni toman forma de providencia, auto ó sentencia autónomos, se vacían en el molde de un pronunciamiento formulado oralmente también, y documentado en el acta del proceso en que se resolvió sobre ello, tal por ejemplo la cuestión de designación de depositario, en caso de discrepancia respecto a ello, en el depósito de mujer casada (art. 1.884), ó el nombramiento de perito sustituto, en el caso de prosperar la recusación del sustituido (art. 624 par. 5º y 6º).

Son muchísimos los casos en que las cuestiones incidentales han de resolverse en forma de auto, v.g. la resolución de superincidentes en que se fija la cuantía litigiosa (art. 493), ó aprueba ó modifica la tasación de costas (art. 248 y ss. que lo interpretan) (6), ó las que resuelven sobre oposición a embargo preventivo (arts. 1.412 y 1.413), y las que deciden sobre recusaciones de jueces y magistrados (art. 208).

En cambio, se deciden mediante sentencia algunos paraincidentes, como las pobreza, (art. 32) las cuestiones incidentales atípicas - (art. 758) y aquellas cuya resolución ponga término al asunto principal, objeto del pleito, haciendo imposible su continuación (art. 369 par. 4º). Hay otros superincidentes cuyas resoluciones parciales son en forma de auto, y las totales en forma de sentencia, como los de acumulaciones de autos (art. 173, 176, 179, 181 y 105 en

relación con el 183) y las competencias por inhibitoria (ars.87,90, 95 y el 105),y algunos que a veces se resuelven por auto y otros por sentencia,como las excepciones dilatorias,en las que el texto legal habla de autos (arts.538 y 539),y la jurisprudencia alude a sentencias en unas ocasiones (7),y a autos en otras (8).

Como esta variedad de forma no ha de ser determinante del valor y eficacia de su contenido,estimo que lo que se predique,respecto a ello en relación con la resolución del incidente,concepto genérico en que cabe cualquiera que sea su forma de exposición,y a que me referiré en lo sucesivo,es de aplicación a todas ellas,pero bien entendido que en cada caso la resolución recaída exigirá la concurrencia de elementos subjetivos,objetivos,formales,de tiempo y de lugar que son preceptivos dentro de las de su clase.

- - - -

Cuanto se ha dicho predetermina,en ciertos casos,el momento procesal en que han de dictarse las resoluciones que pongan fin al incidente lato sensu,pues tanto cuando se resuelve en el acto oral - de un proceso escrito en que se produce,como cuando se resuelve por providencia ó por auto,la propia forma procesal de éstas resoluciones,perfectamente diferenciada de la sentencia,impone que la resolución no se confunda con ésta,pero cuando se resuelve en sentencia,se plantea patentemente el problema que,no obstante lo dicho,tambien está subyacente,desde el punto de vista doctrinal,en los otros casos citados,es decir,si la resolución interlocutoria es conveniente que anteceda totalmente a la definitiva,ó puede formar parte de la misma,manifestandose en un único acto procesal,aunque su prejudicialidad imponga,en éste segundo caso,que los particulares de la resolución que a la cuestión incidental se refieran precedan a los par-

ticulares que resuelven sobre el fondo de la cuestión principal.

Desde éste punto de vista doctrinal, la cuestión viene íntimamente relacionada con la preferencia del principio de seguridad en la resolución sobre el de economía procesal, ó del principio de ésta sobre aquél, lo que quedó tratado en capítulo anterior, y valen aquí, en favor de una y otra exposición, las razones que allí se recogieron é incluso los que defendían el sistema de una doble resolución, la primera provisional y la segunda definitiva, sobre lo mismo, formando - ésta parte de la definitiva que decidiera la cuestión principal; pero no hay que confundir la provisional con la sentencia parcial anticipada, pues que aquella decide una cuestión accesoria surgida durante el curso del proceso, y á continuación se debaten todas las cuestiones litigiosas que comprenden el juicio, y, en cambio, en la sentencia parcial se decide únicamente sobre una parte de la cuestión litigiosa, la cual queda, por tanto, fuera del juicio (9), como la que resolviera sobre la reconvención a la que se allanase el demandante primero. En tal sentido, la sentencia provisional sería el verdadero acto sometido a condición resolutoria, según el juicio de Martara y Kaohler, aún sin necesidad de ser recurrida (10).

En el campo de la legislación extranjera éste último es el seguido por el C.P.I. modificando el criterio sustentado por el anterior a que él derogaba (11), pero nuestra L.de E.C. sigue el viejo sistema, según vimos antes, no aplazando hasta la resolución definitiva sino las excepciones dilatorias que se plantean en el menor cuantía (art. 687), y las que, de éstas, se promovieren como perentorias en el mayor cuantía (art. 535 parf. 2º), pues hasta los incidentes que surgen <sup>en</sup> el juicio verbal deben resolverse aparte y antes, por tratar-

se de un proceso preponderantemente oral incrustado en otro de igual clase, según se deduce de la recta interpretación del art. 488. En cambio sienta el principio contrario, fundiendo la resolución del incidente en la principal, la ley de Suspensión de Pagos de 1.922 (art. 20 párr. 3º), criterio que luego ha seguido la L. de B. para la reforma de la J.M. de 1.944 (base 10 epígrafe C, regla 9ª, letra c.).

- - - -

No hay duda de que, dentro de la ya clásica división de las sentencias en declarativas, constitutivas y de condena, las interlocutorias en su inmensa mayoría, puede afirmarse que son de la primera clase; el problema se plantea al considerar si ellas pueden ser también constitutivas y de condena, opinión no muy aceptada por la mayoría de los procesalistas.

Si consideramos como sentencia constitutiva no aquella que se limita a declarar la existencia de una situación jurídica, anteriormente observada, en los términos en que ésta existía efectivamente, sino que crea, modifica, ó extingue la situación jurídica misma (12), no hay duda que algunas resoluciones superincidentales tienen como única finalidad modificar tales situaciones jurídicas anteriores, siquiera sean situaciones jurídico-procesales, tal por ejemplo la de acumulación de autos ó la que aprueba una tasación de costas.

Y si la sentencia de condena es aquella en la que se impone a la parte, frente a quien se mantuvo la pretensión ó acción de ésta clase una prestación determinada, de dar, hacer, ó no hacer algo (13), la sentencia que recae en el superincidente de tercería de mejor derecho, también es, indudablemente, una sentencia de condena, a tenor del art. 1.541 en relación con el 1.536.

- - - -

Todas las resoluciones interlocutorias tienen uno de los dos caracteres que concurren a perfilar la cosa juzgada formal, en cuanto no pueden ser modificadas por el juez espontáneamente, salvo aquellas subsanaciones ex officio de nulidades, posibles y admitidas por la doctrina legal y jurisprudencia (14), pero en cuanto al otro carácter, es decir a su posible modificación a instancia de parte, ó en otras palabras, la posibilidad de ser recurridas, hay que distinguir algunas que nunca son recurribles, como las que determinan la cuantía de la cosa litigiosa á efectos del proceso en que ha de discutirse (art. 491), la que aprueba ó modifica la tasación de costas (art. 428), etc; otras que lo son siempre, como las de los incidentes atípicos (art. 758), las que recaen en tercerías (art. 1.541 par. 5º); y otras que son ó no recurribles, según el sentido de su decisión, como las que resuelven las recusaciones (arts. 208 par. 2º, 3º y 4º).

Pero aquí el problema doctrinal se plantea respecto a cuando debe interponerse, admitirse y tramitarse el recurso contra las resoluciones incidentales que son recurribles, si inmediatamente después de dictarse la resolución ó a la vez que se interpone, admite y tramita el recurso sobre la resolución definitiva, problema que también ha adquirido especial relevancia en la doctrina francesa (13).

Los fundamentos que a los procesalistas españoles sirvieron de base para declararse partidarios de supeditar el principio de seguridad de la resolución al de economía procesal, sirven también, potenciados, para declararse opuestos a la apelación aislada y previa de la resolución interlocutoria, y así lo manifiesta expresamente De la Plaza (17), por ejemplo, mientras que, en cambio, entre los que, como Carnelutti (18), distinguen entre incidentes prejudiciales y no prejudiciales, en aquellos, en los que opera preferentemente el principio

de seguridad en sus resoluciones, hay que admitir, lógicamente, un posible recurso previo é independiente contra ella.

Nuestra L. de E.C. mantiene excesivamente éste último criterio como principio, pues todas las resoluciones recurribles lo son a contar de la notificación de las mismas a las partes, sin que, no obstante, deje de regular ciertas protestas, que facilitan interponer, a la vez que la apelación contra la resolución definitiva, un recurso contra la resolución interlocutoria, (por ejemplo, en el art. 497). En cambio la L. de B. para la J.M. regula las apelaciones contra las resoluciones de los incidentes, de forma que se interponen a la vez que se recurre la sentencia definitiva, aunque la parte debe formular protesta en caso de que la resolución, por su propia naturaleza, deba anteceder al fallo definitivo (base 10, apartado C, regla 9ª, letra c.). Este criterio es el admitido también por alguna otra ley especial como la de Suspensión de Pagos (art. 20 par. 3º).

- - - -

Se ha dicho que el número y complejidad de los problemas que plantea la trascendental cuestión de la cosa juzgada, hacen que ésta institución sea uno de los puntos básicos mas debatidos de la moderna ciencia procesal (19), y si se piensa que aquella abundancia y complejidad aumentan cuando se concreta la cuestión en la cosa juzgada material, se hacen superlativas en las resoluciones interlocutorias, pues que en su rededor concurren tres categorías de procesos, el incidental en que se pronuncia, el principal con que se relaciona y cualquier otro que toda cosa juzgada material supone, de donde se comprenderá fácilmente que no se puede tratar de cuestión tal sino muy someramente en un trabajo como el presente, en el que ella no es más que un aspecto parcial y limitado en el plan general y en la proporcionalidad del mismo.

Entiendo por cosa juzgada material la vinculación de todos los tribunales a la resolución dictada, que se manifiesta fuera del juicio terminado por ella (20), y se discute si toda sentencia definitiva produce tal efecto ó tan solo las sentencias de fondo, criterio primero que predominantemente sustenta la doctrina alemana, y segundo mantenido por la doctrina italiana (21), y se polemiza, igualmente, si solo tiene tales efectos la sentencia, ó también otras resoluciones de menor rango formal como los autos (22).

Respecto a ésta última cuestión, aunque la redacción del art. 1.252 del C.C., único precepto que nuestro ordenamiento jurídico dedica a ello, ya que la L. de E.C. ilógicamente deja de hacerlo, pudiera decirse que sólo la sentencia de condena produce efectos de cosa juzgada material, pero si concebimos la acción en sentido procesal, alcanzantales efectos a los autos que resuelven sobre toda pretensión de tutela jurídica aunque sean meramente procesales (23).

Por lo que toca a la mas importante cuestión, primera de las dos enunciadas, el principio general que domina entre nosotros es el de inspiración italiana, pues que cuando el juez, por razones de seguridad y en contemplación de procesos futuros, estima ó desestima una demanda dá lugar a que se produzca la cosa juzgada propiamente dicha, pero, por el contrario, cuando su decisión se limita a preparar esa decisión fundamental, precluye una cuestión, y ello determina que, salvo casos excepcionales, ésta puede ser objeto de procesos sucesivos, si en ellas no se quebranta la integridad objetiva y subjetiva de la cosa juzgada - (24) en la resolución principal.

Como ya se apunta, esta regla general tiene sus excepciones, y - Schönke (25) estima que cuando las sentencias incidentales recaen en cuestiones surgidas respecto a tercero, por ejemplo las tercerías de -

nuestra L.de E.C., sí pueden ser susceptibles de cosa juzgada material, en cuanto terminan el juicio principal definitivamente con una sentencia definitiva; también Prieto dice que alcanza categoría de cosa juzgada, si bien sea temporal, como las recaídas en juicios sumarios, las resoluciones incidentales de absolución de instancia, pero en tanto en cuanto los hechos no varían, es decir, no se hayan subsanado los defectos, causa de absolución (26); é igualmente Carnelutti dice que cuando surge en el proceso una cuestión preliminar que constituye todo el fondo del otro litigio, podría resolverse con efectos limitados al litigio que se deduce en el proceso -incidenter tantum- pero puede ocurrir que se exija una solución para decidir entre las mismas partes también la litis prejudicial, es decir con eficacia de cosa juzgada (27).

Por último, también varía la eficacia de las resoluciones interlocutorias según vayan ó no englobadas en la sentencia definitiva del proceso principal, pues si se pronuncian formando parte de ésta suelen alcanzar un valor de cosa juzgada material que antes no tenían, y cita como ejemplo de ello el mismo Carnelutti el incidente de querrela de falsedad, que cuando se resuelve por el juez aparte sólo tiene valor para aquella litis -in iudicium deducta-, pero cuando se declara en sentencia principal es eficaz en todos los litigios en que el documento declarado falso pueda tener relación (28), claro que teniendo en cuenta que si produce absolución de instancia, es mientras permanezcan inalterables los hechos y no se hayan subsanado los defectos que la motivaron, según se ha dicho antes.

La laguna que en la ley se presenta, viene llenándola nuestro T.S. con un criterio concordante con el tradicional (29), aunque en algún caso ha aludido al supuesto excepcional de vinculación entre la sentencia interlocutoria y definitiva, a efectos de apreciar la cosa juz-



gada (30), excepción que confirma la regla.

En cambio, las resoluciones recaídas en ciertos paraincidentes, como el nombramiento de defensor judicial, la habilitación para comparecer en juicio, las solicitudes del beneficio legal de pobreza, etc, podían gozar por su propia naturaleza y dada su menguada relación con el proceso principal para que se interponen, el concepto de cosa juzgada material.

#### XIV.- Costas del proceso incidental.

Tomando como base la definición que Guasp dá de costas (1) podemos definir como costas de un proceso incidental aquella porción de gastos procesales, cuyo pago recae sobre las partes que intervienen en el incidente de referencia, y que reconocen al mismo como causa inmediata y directa de su producción.

El problema de las costas procesales ha sido uno de los más debatidos dentro de la rama jurídica a que corresponde, dando lugar a una rica bibliografía (2), entre la que sobresale el profundo y básico estudio de Chiovenda (3), que ha servido de fundamento para las posteriores especulaciones doctrinales sobre la materia, y que no puede dejar de tenerse en cuenta al escribir el presente capítulo de ésta tesis, en el que se quieren conjugar, conjuntamente, el concepto de incidentes, lato sensu, y de costas procesales.

Respecto al criterio para imponer el pago de las costas procesales, decía el maestro italiano, que si nos proponemos de un modo abstracto el problema de la regulación de las costas procesales, se nos ofrecerán tres sistemas para resolverlo: 1º que cada parte se pague las suyas, 2º que todas las pague el vencido, y 3º el intermedio, según el cual las satisfecerá o no el vencido, conforme a determinadas condiciones. El primer criterio fué el mas antiguo (4), y corresponde a un periodo en que la teoría del proceso jurídico estaba por construir.

El segundo criterio, que es el que actualmente predomina en la

doctrina procesal, se fundamenta en que todo derecho sustantivo tiene un valor tanto considerado en abstracto como cuando nos rinde una positiva utilidad, y que la utilidad que nos procura tiene otro valor absoluto, que no puede, en consecuencia, aumentar ó disminuir por el hecho accidental de que se haga valer dentro ó fuera del proceso, de ahí que deba sernos restituido en su integridad cuando nos ha sido negado, y ello lleva a la conclusión de que, si las costas no se impusieren al vencido en juicio que negó aquél derecho injustamente, el vencedor sufriría, por el sólo hecho de acudir a los tribunales, una injustificada disminución patrimonial (5). También hay quienes han buscado los fundamentos de la imposición, de costas al vencido por otros derroteros, así Dalloz recurría a la teoría del cuasicontrato judicial, concepción artificiosa é inexacta, puesto que no es razonable la hipótesis de que el hecho de acudir a la litis implique una prosecución de conformidad con la imposición de costas, que puede ser su consecuencia; Renauld se apoya en razones preferentemente públicas, y arguye que la condena en costas corresponde a una necesidad social, la de disminuir los pleitos, teniendo por eso un marcado carácter preventivo, lo que ha hecho decir ironicamente ya Chiovenda que las costas así consideradas serían un remedio digno de Herodes pues que el castigo a todos los vencidos se impondría en contemplación de que algunos de ellos pudieran ser temerarios, y Mortara sustenta el parecer de que la imposición de costas al vencido es un caso de responsabilidad sin culpa, tesis que, como nota Baceña, parte del equivocado parecer de que el error de derecho es siempre excusable, cuando lo cierto es que puede no serlo en algunos casos (6).

o

La tercera opinión que se estima superada, se fundamenta unas veces en considerar la imposición de costas como pena impuesta al litigante temerario, cuya actuación judicial es una actuación culposa,

o al litigante de mala fé, que actúa con dolo procesal, pero descansando tales fundamentos en meras razones de hecho, que a veces difícilmente pueden apreciarse por su naturaleza predominantemente ~~psicológica~~ psicológica, no es muy sólida esta posición, a juicio de quienes estimo - que no conceden a la función judicial en estos casos todo el valor que en sí mismo tiene.

Recógense aquí los tres criterios doctrinales para la imposición de costas y sus distintos fundamentos, tal como los ha expuesto la doctrina procesal con relación a la institución del proceso civil principal, para apreciar después cómo aquellos criterios y aquellas fundamentaciones juegan de forma distinta cuando se trata de un proceso incidental. Sin embargo ~~debe~~ decirse que ciertos aspectos de las costas del proceso incidental no tienen esencial diferencia con los correspondientes de las costas del proceso principal, por lo que no merecen una distinta consideración en tales casos, por ejemplo, la determinación de su titular activo, de su contenido estricto, de su naturaleza de obligación accesoria y derivada respecto al proceso en que se ocasionan, de su tasación, sus exacciones y los recursos contra su imposición.

- - - -

La existencia conjunta de dos procesos distintos, el principal y el incidental, íntimamente ligados entre sí, y la posibilidad de vencimientos opuestos de uno y otro respecto a las partes comunes en los mismos, así como el valor supeditado de uno de ellos, el incidente, respecto al otro, el principal, hace que, el principio de imposición de costas al vencido quiebre en el caso del proceso incidental, donde ni siquiera son de peso las modernas razones de la restitutio in integrum de los derechos lesionados, ya que si ello es

siempre consecuencia de la resolución definitiva, no lo puede ser, ó por lo menos no lo es sino en mínima participación, en la resolución interlocutoria.

Por otro lado, el vencimiento en la sentencia interlocutoria es un vencimiento muy relativo, pues mientras el resultado de la resolución principal es desconocido, toda otra decisión incidental tiene - algo de condicionada, y la naturaleza de la decisión definitiva no puede menos de operar retroactivamente sobre todo el proceso, por lo que las sentencias interlocutorias no admiten condena en costas por el sólo criterio del vencimiento (7).

Y no existiendo, por tanto, más que un sólo vencimiento, el que se refiere a la demanda principal, autónoma, origen del juicio, y a la cual se condicionan todas sus fases, las decisiones anteriores a la definitiva quedan condicionadas a éstas, ejerzan o no influencia sobre ella y por eso sólo podrían tener una condena en costas también condicionada, por lo que estima Chiovenda que una posible solución al caso - sería reservar la decisión de ello hasta la sentencia definitiva, salvo que ya en sí mismas, tales decisiones interlocutorias sean a la vez definitivas respecto a una parte de la demanda, es decir sean parciales, como por ejemplo, en el caso de una demanda desestimada en cuanto a su fundamento y a su cuantía, la decisión interlocutoria - que resolviese sólo sobre el fundamento (8).

Pero este aplazamiento de la decisión sobre tal punto, no es enteramente satisfactorio ni desde el punto de vista teórico, sobre todo si pensamos en paraincidentes ~~tampoco~~ condicionados a la cuestión principal como el de pobreza, ni mucho menos desde el punto de vista práctico, pues tal aplazamiento de pago de las costas incidentales -

-daría ánimo al litigante de mala fé para acumular incidente tras incidente, sin lesión económica inmediata, ni remota ~~si~~ a la postre podía conseguir una insolvencia. Quizás éstas mismas observaciones propias hicieran pensar ya a Chiovenda que, como en otros casos, la condena en costas de los incidentes puede basarse en algo distinto al vencimiento, así sobre el criterio de la culpa, que puede recaer incluso contra la misma parte vencedora, y que es adoptado por algunas legislaciones (9), y así, ~~si~~ la resolución desestima la cuestión incidental, será fácil apreciar inmediatamente el trato que merezca quien la promovió, pero aunque prosperara, es innegable que pueden concurrir en la conducta de quien se opuso a ella, razones tales que no consentirían imponerle las costas causadas por dicha oposición.

Precisamente con ésta última observación coincide la teoría de Alcalá Zamora, como superación a la objetiva del vencimiento y a la subjetiva de la temeridad de la parte (10). Mantiene dicha teoría que es preferible dar un trato desigual a los sujetos procesales en los incidentes, y toda demanda incidental que no prospere, debe llevar anexa la condena en costas contra la parte que promueve el incidente, y en consecuencia, que quien se opone a tal demanda incidental no debe ser condenado en costas si aquella excepcionalmente prospera, salvo el caso improbable y extremo de haberlo originado por temeridad ó mala fé a ella imputable. Por lo demás, el que quiere atajar incidentes se presenta favorecido por la presunción de ser un auxiliar eficaz y razonable de la buena administración de justicia, y por lo mismo es preferible dar éste trato desigual en favor de quien asume ese papel conveniente al interés general, frente a aquél otro que aparece con indicios de perturbador.

Si se medita detenidamente, esta teoría de Alcalá Zamora es en sí misma la teoría de la culpa y del dolo procesal como base de imposición de las costas, aunque partiendo de la presunción juris tantum de que quien promueva el incidente es la parte culpable ó dolosa en el mismo.

Más original es el criterio de Anastasi, según el cual si el incidente es en exclusivo beneficio del actor del proceso principal, como el embargo de bienes del demandado rebelde, se debe tramitar a su costa si el incidente es por mala conducta procesal del demandado, como la incompetencia propuesta por inhibitoria y declinatoria a la vez debe cargar éste con las costas aunque sea vencedor; si el incidente es en beneficio de una cualquiera de las partes exclusivamente, como el de subsanación de defectos de legitimación, debe correr a costa del beneficiado y si el incidente es en beneficio de ambas, han de pagarlo entre las dos (11). Esta teoría, no por original é interesante, deja de tener grandes puntos de contacto con la que se critica de arcaica, según la cual cada parte ha de pagarse sus propias costas, aunque a veces resulte potenciada por estimar como propia las de los actos contrarios que a ella le beneficien, y otras influenciadas por la de la culpa y el dolo, pero siempre contradiciendo las modernas razones de la restitutio in integrum que fundamentan el criterio del vencimiento

Al lado de estos criterios básicos sobre la imposición de costas en los incidentes, se definen algunas medidas complementarias de las mismas, como la conveniencia de exigirse el previo pago de las costas al interponer el incidente; el impedir que se promueva un segundo incidente antes de pagar las costas del primero; la posibilidad de imponerlas a una parte, aunque no se pida expresamente por la contraria, y la compatibilidad de decidir en la sentencia definitiva que resuelve la cuestión de mérito y otras incidentales a la vez, sobre las costas

del proceso principal con el criterio del vencimiento, y sobre las -  
costas procesales del incidente con otro criterio distinto, aunque  
todo ello se haga en un mismo acto procesal.

- - - -

El criterio del vencimiento, cualquiera que sea el vencido, de-  
termina relativamente la persona obligada a pagar las costas del  
proceso incidental; y digo relativamente por-que a veces operan en  
ello otros factores ó circunstancias por los que aquella persona -  
obligada al pago de tales costas no coincide, exactamente, con ningun-  
a de las que son partes en el proceso incidental.

Si en el proceso principal, en caso de representación y ejerci-  
cio de legitimación por personas distintas al titular del derecho  
sustantivo en litigio, el incumplimiento de deberes propios del es-  
tado ú oficio en virtud del cual actúa quien no es parte, puede ori-  
ginar condena en costas contra éste, y entonces tiene esta condena  
carácter típicamente sancionador (12) y a aquél incumplimiento en  
razón de culpa ó dolo procesal, los fundamentos de tal sanción re-  
sultan superlativamente aumentados si contemplamos que la doctrina  
procesal admite incluso que las mismas partes interesadas y legi-  
timadas por sí, y que actúan en el proceso principal sin tacha de  
culpa ni dolo, pueden incurrir en ella en los procesos incidentales  
que promovieron, luego con más razón esta degeneración de la buena  
fé procesal puede padecerla quien ya la manifestó en el proceso -  
principal, por lo que a quien así actúa se le puede imponer, con má-  
xima justificación, las costas del incidente que promovió.

Igualmente, pero distinguiendo la diferencia de funciones y si-  
tuación, la condena en costas puede recaer sobre el juez ó funciona-



rio subalterno como corrección disciplinaria (13), sobre todo en ciertos tipos de incidentes, como las cuestiones de competencia sostenidas sin fundamento ó las nulidades de actuaciones imputables a los mismos.

- - - -

Al delimitarse por la doctrina el contenido del concepto de "costas procesales" -del que no me he ocupado especialmente por serle - aplicable a los incidentes la teoría general de las costas en el proceso principal- ha quedado sentado que en el mismo no se integra la indemnización de daños y perjuicios a que el proceso pudiere dar lugar; es decir, que si una de las partes es condenada al pago de las costas, en la condena no debe ser incluido, a falta de disposición legal en contrario, el importe de los daños y perjuicios que a la contraparte se haya podido ocasionar con motivo del proceso, pero ello no quiere decir que el pago de las costas no pueda ir acompañado de la obligación de tal indemnización, sino que es necesario en todo caso que exista una norma especial que así lo declare expresamente, pues a falta de ella la indemnización tendría que ser exigida por independencia del procedimiento específico señalado para la exacción de costas (14), aunque para algunos casos más graves se ha querido ampliar la responsabilidad del condenado, haciéndole asumir los daños emergentes y los lucros cesantes sufridos por el vencedor a causa del pleito (15).

Si ésta es la doctrina general en cuanto a diferenciar en la esencia y en el trato procesal las costas de los daños y perjuicios, muy otra estimo que debiera ser la que determine el tratamiento de costas, daños y perjuicios en los procedimientos incidentales, condena - que, salvo disposición en contrario, debía comprender no sólo los con-

ceptos similares aunque distintos, que se conocen con el nombre de - "gastos", sino también la indemnización de daños y perjuicios, incluso el daño moral, en cuantía suficiente tasada y probada con anterioridad ó con posterioridad a la resolución incidental.

En el campo del derecho positivo, algún proyecto moderno como el de Couture se inspira en el criterio defendido por Alcalá Zamora, aunque en la primitiva redacción de las bases se inspirase en el principio del vencimiento (16), pero nuestra L. de E.C. se inspira en un criterio mucho más anticuado, aunque carece de una disposición general que formule principio genérico, defecto que ha suplido la jurisprudencia del T.S. recurriendo al criterio de la temeridad, culpa, y de la mala fé, dolo, que era tradicional en nuestra legislación histórica, aunque ahora hubiera de basarlo con dificultad en un precepto del C.C. (art. 1.902) que se funda en la teoría del resarcimiento por culpa. Y esta misma teoría es de aplicación general para la regulación de las costas de los incidentes salvo la expresa disposición en contra de los textos legales.

Esta expresa disposición sobre costas del incidente, en la legislación española se manifiesta reiteradamente: rige el criterio del vencimiento: en las sentencias denegatorias del superincidente de beneficio de pobreza (art. 31); en la denegación del superincidente llamado recurso de fuerza en conocer (art. 148, nº 2º par. 2º); en las denegaciones de los superincidentes de recusaciones (arts. 211, 228 y 256); en la denegación del incidente de admisión de recurso en otro efecto ante el tribunal superior (art. 396); en el alzamiento ó caducidad del paraincidente de embargo preventivo (arts. 1.412, 1.415 y 1.418); en el alzamiento ó caducidad del paraincidente de intervención de la administración de bienes litigiosos (art. 1.427),

Según dicha ley, y siguiendo en ella el principio de derogación, estimo que no pueden imponerse las costas de un incidente, si especialmente no lo impone el texto legal, de no mediar para ello, cuando proceda, petición de parte, como igualmente creo que no cabe, por las circunstancias de origen del proceso incidental, un previo pacto sobre costas, aunque en nuestro ordenamiento procesal general no hay precepto que lo impida cuando la ley no las impone expresamente, y por último pienso que cuando este pacto rige para el proceso principal, no alcanza, sin embargo, a los procesos incidentales con él relacionados, porque los motivos derivados del proceso que determinan su imposición, son distintos de los previstos normalmente por las partes en el pacto (117) (18).

Por la misma razón que se pueden imponer las costas del proceso principal a quien ejercita la legitimación procesal en nombre de otro pueden imponerse, a mi juicio, las costas de los incidentes que en aquél proceso surjan, por ejemplo, a los tutores y miembros del Consejo de Familia que litiguen sobre ciertas cuestiones del menor (arts. 241 y 249 del C.C.) y taxativamente determina la ley los casos en que se pueden imponer tales costas al juez y a los funcionarios auxiliares y subalternos del juzgado, (art. 450), tales por ejemplo, al juez que sostiene ó se opone temerariamente a una inhibición (art. 108), al secretario ó auxiliar que deniega la causa de recusación (art. 245), y al auxiliar que incumple normas sobre notificaciones (art. 280) como igualmente al juez municipal que se declare incompetente indebidamente (L. de B. de J.M. base 10, regla 4ª).

Por último, en nuestra L. de E.C. se promueven algunos incidentes en los que además de imponerle las costas al vencido se le impone también la indemnización de daños y perjuicios, como el de solicitud de cambio

de efectos en la apelación admitida (art.385),el de alzar la intervención de bienes litigiosos (art.1.426),llegando en ocasiones hasta fijar la cuantía ó limite de tales indemnizaciones,como en la jura de cuenta (arts. 8 y 12),recusación de secretarios (art.247),el de el auxiliar que incumpliese las normas sobre notificaciones (art. 280),en el de el cambio de efecto de la apelación admitida (art.385, parf.3º),en la concesión inaprovechada del término extraordinario de prueba (art.562),y en la recusación de peritos desestimada (art. 625 parf. 2º).

### XV.- Política procesal para los incidentes.

Al comenzar éste capítulo, vuelvo a recordar algo de lo que se dijo en el primero, lo que indica que he llegado al final de mi presente tarea: mucho se ha conseguido para evitar los abusos a que se prestan los incidentes, arma que saben esgrimir los litigantes de mala fé (1), pero por grandes esfuerzos que se hagan, ello no se conseguirá si no se coordinan todos hacia tal fin: funciones del legislador, del juez y del abogado, pues la política del proceso incidental, como toda política de proceso, es algo más serio que ciertas modificaciones intrascendentes: más que todo es un problema de conciencia, de concepto y de honradez: (2).

Siendo incontable y variadísimo el número de incidentes que en la práctica procesal pueden plantearse (3), sería empeño inútil, desorientado y agotador tratar de dar una fórmula legal, por breve que fuese, para resolver todo caso similar al que la motivara, el que a la mejor no se repetía, mientras que, en cambio, se multiplicaban otros totalmente diferentes, é incluso diversos entre sí, a los que aquella inagotable copilación de fórmulas sería inadecuada.

Quizás pudiera decirse que la posición totalmente contraria nos diese la clave de la cuestión; es decir, idear algo así como un proceso inquisitivo, mecánico, elástico, de capacidad variable y de desarrollo sólo reglamentado por grandes directrices, en el que los poderes de disposición del juez y de las partes quedasen regulados proporcionalmente al mayor ó menor interés público que se ventila-

ra, aunque siempre contemplándolo desde el punto de vista del derecho sustantivo debatido; tipo de proceso que ya intentó construir, en el campo doctrinal, el profesor Calamandrei (4). Pero si este proceso es defendible desde el punto de vista anglosajón, como lo hace W. Millar, y hasta se adaptaría fácilmente a la práctica procesal de aquellos países de vieja tradición oral, con casi total ausencia de formas propiamente procesales (6), con dificultad podría aceptarse en los países continentales de Europa de influencia germánica, y menos aún de influencia latina, y no por defectos de competencia ó integridad de su magistratura, sino porque son sedimentos culturales de estos pueblos tres factores que no pueden desconocerse sin ignorar los caracteres de sus propias psicologías: un racionalismo de origen enciclopedista y francés (7) que le impulsa hacia una prerregulación de todos sus actos; una tradicional influencia del principio dispositivo de las partes sobre el proceso, a través de todas sus legislaciones históricas, como amparo de los derechos de la persona conquistados por la Iglesia en los tiempos medievales (8), y un excesivo criterio individualista y pasional de influencia hispánica, también psicológicamente atávico, al que difícilmente podrían escapar, aún contra su propia voluntad, juez y partes (9).

Por tales razones hemos de buscar la solución en la teoría intermedia, es decir, tratando de fijar normas suficientemente amplias que delimiten una buena política procesal, pero dejando al juez mayor libertad que hasta ahora para interpretar y aplicar tales normas, y ello de tal forma que se tenga en cuenta que una cosa son las respectivas funciones de parte y de juez relativas al contenido de la causa, y otra cosa son sus tareas en cuanto a los medios

del juicio, en el que el juez debe vigilar para que el pleito, desde el comienzo hasta el fin, se lleve en la forma determinada y querida por la ley, sin estorbos ni restricciones (10).

No se diga que éste es el camino seguido en su fracasado intento por los cuerpos legales hoy vigentes entre nosotros, pues aquellos intentos estaban de antemano condenados al fracaso, ya que no desarrollaron las premisas fundamentales que les eran indispensables, cuáles las teorías legales de la crisis procesal, del incidente, etc., ni se había intentado una construcción sistemática seria y meditada de su ordenación legal, según hemos venido comentando a través de éste trabajo, aunque ello ya se había conseguido, en gran parte, por otras legislaciones extranjeras contemporáneas, y aunque en el articulado de nuestras leyes se habían recogido multitud de aspectos, que bien ordenados facilitarían la construcción sistemática de una teoría legal de los incidentes.

- - - -

Y hechas las manifestaciones que anteceden, voy a transcribir, en redacción sucinta y concentrada, aquellas máximas sobre las que, á mi juicio debe descansar una buena política procesal para los incidentes:

a).-- Exigir que para que una cuestión sea planteada como incidental en un proceso, reúna las siguientes características: anormalidad, interconurrencia en el proceso, relacionada y diferenciada de la cuestión principal, y necesariamente prejuzgable.

b).-- No autorizar la formulación de incidentes, si resulta evidente la improcedencia de la petición incidental, ó la malicia de que la formula, por ser ello opuesto al buen orden del juicio, que el juez debe guardar.

c).- Autorizar la modificación de la demanda -en el acto de - audiencia preliminar á que después aludiremos- sin que ello suponga su total trasformación,por cuanto esto disminuye las cuestiones incidentales.

d).- Exigir que los incidentes sean formulados tan pronto como sus causas hubiesen sido conocidas ó hubiesen debido ser conocidas por las partes que los promovieren,pasada cuya oportunidad les precluya la facultad de hacerlo.

e).- Exigir,igualmente,que todos los incidentes cuyas causas existan simultaneamente,sean promovidos a la vez,ya conjunta ya subsidiariamente,pero nunca en forma escalonada.

f).- Ordenar que en la contestación de la demanda,el demandado pueda hacer uso de cuantos medios de oposición crea tener a su favor,tanto dilatorios como perentorios,todos los cuales seran discutidos simultaneamente,y al resolverse en sentencia definitiva sobre los mismos se abstendrá el juez de entrar en el fondo si estimare procedente alguna excepción que lo impida.

g).- Disponer que el juez examine de oficio si el asunto le está atribuido en la jurisdicción civil ordinaria,y si tiene competencia por razón de la naturaleza y del valor de la reclamación,oyendo previamente al Ministerio Fiscal en caso de abstención por éste motivo.

h).- Su-presión del superincidente para decidir la competencia territorial por inhibitoria y declinatoria,sin perjuicio del recurso ó protesta contra la resolución por la que el juez se declarase competente,sin serlo a juicio de la parte.



i).- Ordenar, asi-mismo, que el juez examine de oficio si el demandante y el demandado reúnen las condiciones de legitimación, representación y dirección necesarias, rechazando sus escritos de personación respectiva si no fuere asi:

j).- Autorizar la interposición de incidentes -legitimación activa- al tercero procesal, con tal que tenga interés legitimo en ello, y que la cuestión planteada reúna los caracteres necesarios para ser incidental, á tenor del apartado a) que antecede.

k).- Que ningún incidente, salvo que expresamente lo disponga la ley, interrumpa la tramitación del proceso principal, y si éste llegase a sentencia antes que el proceso incidental, se suspenda entonces la tramitación del mismo en el momento previo a su decisión, hasta que fuese resuelta la cuestión incidental.

l).- Que la ley haga una enumeración exclusiva de los distintos supuestos de paralización del proceso, ya por interrupción, ya por detención, ya por suspensión, fuera de los cuales no puedan producirse estas crisis procesales.

ll).- Que la pendencia de un proceso penal sobre cuestiones que puedan influir en la decisión del civil, solo paralicen a éste cuando el juez que hubiere de fallarlo así lo estime necesario y lo ordene en uso de <sup>sus</sup> facultades discrecionales para ello.

m).- Que todo incidente se sustancie sin interrupción del proceso principal, y lo sea siempre por los trámites del actual juicio verbal, salvo que por su naturaleza la ley ordenase que se tramitara en un proceso escrito, en cuyo caso será por los trámites de los arts. 749 y ss. de la L. de E.C., pero suprimiendo los emplazamientos

sucesivos del art. citado, cuyos emplazamientos se harían simultáneamente.

n).- Regular una audiencia preliminar en el proceso principal, tras los trámites de demanda y contestación, en la que, entre otras cosas, podrían tratarse procesalmente los incidentes promovidos hasta entonces, a fin de evitar que más adelante obstaculizasen la tramitación. Esta audiencia sería oral y concentrada, y el juez podría suspenderla si no existiera cuestión alguna a dilucidar en ella.

ñ).- Resolución de las meras incidencias por el juez, luego de oír á ambas partes por los trámites de los arts. 378 y 379 de la L. de E.C. y ello sin interrupción del proceso principal. Esta resolución sería provisional, no recurrible pero sí protestable para ser apelada, en su día, con la sentencia definitiva.

o).- Que cualquiera que fuese la tramitación que se diera al incidente acaecido en un proceso, se documentará en pieza separada, la que se encabece con la demanda incidental, cuyo acto inicial se acreditase en los autos principales por diligencia suficiente, como así mismo la parte dispositiva de la resolución provisional que sobre el incidente recayera.

p).- Prohibir terminantemente el "incidens incidentis", autorizándolo, en cambio en los procesos paraincidentales.

q).- Regular el superincidente de acumulación de autos por - los preceptos actualmente en vigor sobre ello, pero limitando la petición correspondiente a que sea hecha antes de terminarse las fases expositivas de los procesos acumulables, con la terminación de cuyas fases precluye la facultad de hacerlo. Este superincidente -

suspenderá la tramitación de los procesos principales.

r).- Ordenar que las nulidades de actuaciones que pudiesen ser subsanadas sin lesión de los intereses de las partes, se subsanen - por el juez ex officio, y las que lesionen tales intereses puedan - subsanarse también previo acuerdo de ambas partes. ~~En~~ las que no - puedan subsanarse, el juez declarará, también de oficio, la nulidad de actuaciones viciadas, tan pronto lo aprecie, y mandará reponer las actuaciones al estado en que se encontraban cuando se cometió la falta que causó tal nulidad.

rr).- En el superincidente de recusación se ordenará su trámite por el del juicio verbal, conociendo de él en única instancia el juez a quien correspondiere la sustitución normal del recusado por cualquier otra causa reglamentaria.

s).- Exigir en los procesos paraincidentales una redacción de coordinación con el proceso principal a que hayan de referirse; enumerar cuales puedan ser, y acompasar su trámite a un ritmo mas rápido que el que le dá la L. de E.C., sin que en ningún caso obstaculicen la tramitación y decisión del proceso principal.

t).- Que toda cuestión incidental, una vez sustanciada, sea decidida provisionalmente por el juez que conoce del proceso principal. Contra estas resoluciones no se admitirán mas recursos que el de reposición, y contra el auto resolutorio de éste recurso sólo cabrá la protesta para poder apelar aquella resolución provisional a la vez que la sentencia definitiva.

u).- Sin perjuicio de las resoluciones provisionales de los incidentes a que se alude en el epígrafe anterior, en la sentencia

definitiva del proceso principal, resolverá el juez sobre tales - cuestiones incidentales, manteniendo ó no sus anteriores pronunciamientos. Estas nuevas resoluciones de las cuestiones incidentales se podrán apelar con la sentencia definitiva, si la misma fuese apelable.

v).- Dar eficacia de cosa juzgada material a las resoluciones interlocutorias siempre que no varíen los elementos subjetivos y objetivos de las cuestiones incidentales, superincidentales ó paraincidentales a que ponían fin.

w).- Imposición preceptiva de costas al promotor del incidente, y pago de las mismas en su iniciación, repercutible sobre el demandado incidental si hubiese oposición temeraria a lo pretendido de contrario, y por tal razón excepcionalmente se le condenase en costas. Imposición de las costas de los incidentes de nulidad de actuaciones al culpable de tal nulidad apreciada: juez, parte, secretario ú oficiales judiciales.

x).- Condena preceptiva al pago de daños y perjuicios procesales, al promotor temerario ó doloso de cuestiones incidentales.

y).- Presunción juris tantum de temeridad ó dolo procesal - contra el litigante que difiere ó dificulta la sustanciación del pleito con <sup>b</sup> suterrugios y cuestiones accesorias é incidentales.

z).- Sanciones y correctivos disciplinarios eficaces para el litigante temerario ó doloso, y para los profesionales que le patrocinan.

Notas al texto.

## Notas al capítulo I.

- (1).-- Prieto: "Estudios..."-- 91.
- (2).-- "Enciclopedia Española de Derecho Administrativo.- La cita Man -  
resa: "Comentarios..."-- III.- 518.
- (3).-- Freiré: "El Proyecto de Ordenanza Procesal Civil Austriaca de  
Franz Klla", en la R. de D.P.; 1.950-13.
- (4).-- René Morel: "Traité..."-- 370.
- (5).-- Mattarolo: "Tratado..."-- III.- 559.
- (6).-- Gutiérrez Alviz: "La justicia civil en Norteamérica", separat -  
ta de la "Revista de Estudios Americanos", Sevilla 1.951;- 136.
- (7).-- Prieto: "Estudios..."-- 91.
- (8).-- Ballón: "Apuntes..."-- I.- 288.
- (9).-- Esta finalidad del incidente ya se aprecia en la regla 3ª del  
título 49 del Reglamento Provisional para la Administración de  
Justicia de 1.835.
- (10).-- Gnasp: "Comentarios..."-- II.- 992.
- (11).-- H.E.G. David: "Europa Medieval"-- C. Labor.- t. 158, p. 20.
- (12).-- Gnasp: "Comentarios..."-- II.- 983.
- (13).-- Gnasp: "Comentarios..."-- I.- VI.
- (14).-- Salamandrei desarrolla esta tesis en su capítulo "El Juez y el  
Historiador" de sus "Estudios...".
- (15).-- Mis notas sobre el estudio jurídico del más famoso pleito tra -  
mitado durante el más famoso siglo de nuestra historia, facili -  
tarían base para ello. Se trata del pleito sostenido entre el  
Marqués de Camarasa, Secretario General del Estado del Gran Em -  
perador, y la Primada Mitra Toledana, que era la segunda, des -  
pués de la <sup>de</sup>Roma, por su riqueza, durante su tiempo, de toda la

cristiandad; pleito que versaba sobre el Adelantamiento de Cazorla, único estado feudal, jurídicamente perfecto, que registra nuestra historia, y que dura más de medio siglo (1.546-1.600), paralizado constantemente por una plaga de incidentes, de los que conoce unas veces el Consejo Real, otras el Consejo de Castilla, otras la Chancillería de Granada, otras la Chancillería de Valladolid, y algunas de ellas la misma Santa Sede; por él desfilaron, como defensores de ambas partes, los más ilustres juristas de la época, apoyándose en textos de derecho tradicional é histórico, é incluso en disposiciones reales y pontificias promulgadas exclusivamente al efecto. Pero este trabajo tan atrayente quédese para más adelante.- También podrá servir de base para el estudio del proceso y del Derecho Procesal, realmente vivido, además del citado pleito, otro no menos importante, del que ahora se ocupa el Profesor Gutierrez Alviz; el habido entre los Reyes Católicos y Colón, sobre las prerrogativas del descubridor en el Nuevo Mundo.

(16).-Guasp: "Comentarios..."- I.- VIII y IX.

(17).-Es de hacer notar que desde 1.936 hasta 1.945, por muy distintas razones, la biblioteca del Seminario de Derecho Procesal de la Universidad de Sevilla, principal fuente de mi información, estuvo muy desatendida, y que desde la última fecha en adelante, los muchos esfuerzos del Profesor Gutierrez Alviz para completarla y ponerla al día, no siempre fueron coronados por el éxito.

(18).-Guasp: "Comentarios..."- II.- 983 y ss.

(19).-Carlos A. Ayarragaray: "Pereira Braga y su criterio procesal", en la R. de D.P.A., 1.946, 2ª parte, p. 207.

(20).-Yo he podido comprobar como de dos idénticos casos prácticos,

indudablemente dentro de una misma concepción doctrinal, y regulados por la propia ley procesal, uno de ellos se ha resuelto lógicamente, con el menor perjuicio para las partes litigantes, dando paso franco á la tramitación procesal, y otro se convirtió en semillero de cuestiones incidentales que dieron al traste con el proceso principal, con los intereses de las partes y con el deber de administrar justicia, y todo ello sin otra explicación que el de haber correspondido su cuidado á profesionales sin vocación, á "profesiones ciegas" como les llamaba Kant, "que no tienen resistencia más que para lo mecánico, para lo que puede hacerse con el alma dormida ó ausente" (Ossorio y Gallardo: "El alma de la toga".- Madrid; 1.929, p. 94.



Notas al capítulo II.

- (1).- Guasp: "Comentarios..."- II.- 983.
- (2).- Küh: "Elementos..."- 153 y ss.
- (3).- Goldschmidt: "D.P.C."- 266-67.
- (4).- Schönke: "D.P.C."- 241.
- (5).- René Morel: "Traité..."- 420 y ss.
- (6).- Carnelutti: "Sistema..."- III.- año 1.939.
- (7).- Carnelutti: "Instituciones..."- 337 y ss.
- (8).- De la Plaza: "D.P.C."- I.- 385.
- (9).- Zanzúchi: "Diritto..."- II.- 97 y ss.
- (10).- Alcalá Zamora: "Proceso Oral"; conferencia; nota de la misma en la R. de D.P.A.; 1.946, 2ª parte, p. 290.
- (11).- "Dilaciones irregulares en el Juicio Ordinario de Mayor Cuantía"; publicación del Instituto de Estudios Políticos; Madrid, 1.945.
- (12).- Hugo Alsina: Nota de recepción al tomo I de los "Comentarios" de Guasp, en la R. de D.P.A.; 1.947, 2ª parte, p. 15.
- (13).- Guasp: "Comentarios..."- II.- 983 y ss.
- (14).- Carnelutti: "Instituciones..."- 346.
- (15).- Guasp: "Comentarios..."-  $\frac{I}{4}$ .
- (16).- Orbaneja y Herce: "D. Procesal"- I.- 219.

### Notas al capítulo III.

- (1).- Mattiolo: "Tratado..."- III.- 522 y ss.
- (2).- Guasp: "Comentarios..."- II.- 992.
- (3).- Guasp: "Comentarios..."- II.- 984.
- (4).- Es tentador é incitante un estudio analítico y comparativo de los conceptos de pretensión procesal y acción cuasi civilística de Guasp ("Comentarios..."-I.- 339), y de acción procesal y pretensión civilística de Prieto ("D.P.C."- I.- 53 y ss), é incluso la mayor ó menor conveniencia de utilizar aquella teoria moderna tema ya apuntado por Alsina (R. de D.E.A.; 1.947, 2ª parte, p. 15 y ss.); pero ello escapa con mucho á nuestro propósito de ahora.
- (5).- Distingo aquí, implícitamente, entre cuestiones y litis, con el criterio diferenciador de ambas sustentado por Carnelutti, que Calamandrei ("Estudios...") resume así: "Cuestión es todo punto dudoso de hecho ó de derecho, toda falta de certeza en torno á la realidad ó á su eficacia jurídica (p. 290), y litis es un conflicto de intereses regulados por el derecho, no existe litis en los procesos para producir la modificación de una relación jurídica acerca de la cual están las partes de acuerdo -procesos constitutivos- ó para la creación de un título ejecutivo por una deuda que el demandado reconoce -proceso de condena- (p. 267).
- (6).- El elemento cuestión denominado con una propiedad terminológica desacostumbrada, es factor que presupone nuestra L. de E. C. al iniciar la regulación de los incidentes (art. 741).
- (7).- Guasp: "Comentarios..."- II.- 986.

- (8).- Alsina: "Tratado..."- II.- 733; Fábrega: "Lecciones..."- I.- 580; Schönke: "D.P.C."- 257.
- (9).- Carnelutti: "Sistema..."- IV.- 157.
- (10).- Manrresa: "Comentarios..."- III.- 517; Alsina: "Tratado..."- II.- 733.
- (11).- Guasp: "Comentarios..."- II.- 986.
- (12).- Este caracter del incidente como medio respecto á la decisión de la "cuestión de mérito", así como que todo proceso es á su vez medio para la resolución de la litis es opinión expuesta por Carnelutti en su "Sistema..."- IV.- 157.
- (13).- El elemento de intercurrencia también es exigido por nuestra L. de E.C., art. 742, donde se dá un concepto descriptivo, aunque incompleto, de los incidentes.
- (14).- Manrresa: "Comentarios..."- III.- 517; Carnelutti: "Sistema..."- IV.- 557; Alsina: "Tratado..."- II.- 733; Guasp: "Comentarios..."- II.- 987; Chiovenda: "Principios..."- II. 707 é "Instituciones..."- I.- 436.
- (15).- Guasp: "Comentarios..."- II.- 987.
- (16).- Fábrega: "Lecciones..."- I.- 580; Pescatore: "Exposiciones..."- I.- 51; Pisarelli: "Relaciones al proyecto del Código de procedimiento civil"- párrafo 72; Mattirolo: "Tratado..."- III.- 559.
- (17).- En este sentido un editorial titulado "El embargo preventivo y el moderno proceso de cognición" en la R.Gd de D.; l.947, p. 83.
- (18).- Guasp: "Comentarios..."- II.- 987.
- (19).- Este mismo criterio ha sustentado la jurisprudencia de nuestro T.S. al determinar que no puede promoverse el incidente de nulidad de actuaciones sino "durante la tramitación y den-

tro del juicio" en que aquella se hallen producido (S. 22-I-908 y A. 13-IV-947.)

- (20).-Distinto criterio siguen otras legislaciones, como la francesa y la italiana, en las que tal cuestión constituye un verdadero incidente, sobre esto véase: Guasp: "Comentarios..." II.- 987; Alsina: "Tratado..." I.- 733; Carnelutti: "Sistema..." III.- 179.
- (21).-También este tercer elemento de relación inmediata entre la cuestión principal y la incidental, lo exige como esencial nuestra L. de E.C. en su artículo 743.
- (22).-Sobre esto Guasp: "Comentarios..." II.- 988 y ss. y 1.002 y ss.; Manresa: "Comentarios..." III.- 521 y ss.; Prieto: "D. P.C." II.- 229 y ss.; Plaza: "D.P.C." II.- 283 y ss.; Alsina: "Tratado..." II.- 733, y Carnelutti: "Sistema..." IV.- 178.
- (23).-En este sentido el artículo 743 de la L. de E.C., de un tono imperativo tan categórico que si los jueces lo hubieran cumplido con toda urgencia y eficacia, el incidente en la práctica habría perdido la mitad cuando menos del negando poder obstruccionista que ha alcanzado. Sobre esto Guasp: "Comentarios..." II.- 1.006 y ss.; Manresa: "Comentarios..." III.- 521 y ss. y Plaza: "D.P.C." II.- 283 y ss.
- (24).-Hasta tal punto esta necesidad de relación inmediata entre la cuestión principal y la cuestión incidental es nota característica del incidente, que nuestro T.S. ha dicho á veces que el proceso ordinario tramitado para declarar la nulidad de otro tiene carácter de incidente respecto á este (S. 9-III-895 y A. 13-VI-947); tesis que si resalta la nota de relación entre ambos procesos que comento, no la estimo certera por no concu -

rrir en el proceso declarativo ordinario sobre nulidad del anterior el caracter de interurrencia, señalado como esencial tambien para todo incidente, por lo que me parece mas acertado el criterio contrario, sustentado en otras ocasiones por el mismo alto tribunal (ss. 29-XII-892 y 9-I-918).

- (25).-Guasp: "Comentarios..."- II.- 990.
- (26).-Nuestra L. de E.C. no fija este limite negativo de la cuestión incidental, omisión que indudablemente ~~ha~~ facilitado la interposición abusiva de incitentes que realmente no lo son, sino simple repeticiones de las oposiciones de fondo, formuladas con engañosa apariencia incidental. Hace en cambio esta distinción nuestro T.S. en reiterada jurisprudencia (s. 13-XI-895).
- (27).-Schönke: "D.P.C."- 257.
- 28).-En este sentido el T.S. (ss. 25-VI-892 y 30-IX-898).
- 29).-Chiovenda: "Principios..."- II.- 708 y ss., é "Instituciones..."- II.- 636.
- (30).-Nuestra L. de E.C. permite admitir incidentes no prejudiciales (art. 744, interpretado á sensum contrario), pero ello no es exacto, y los que como tal pueden proponerse, como el "incidente de pobreza" por ejemplo, ya veremos como no es verdaderamente tal.
- 31).-Guasp: "Comentarios..."- II.- 991, y Carnelutti: "Sistema..."-IV.- 157.
- 32).-Tambien nuestra L. de E.C. distingue (art. 742) entre incidentes instrumentales y de fondo.

Notas al capítulo IV.

- (1).- Guasp: "Comentarios..."- II.- 993.
- (2).- La Cámara de Comercio de Buenos Aires, en resolución de 29-XII-1917. "R. de D.P.A."; 1.946, 2ª parte, p. 206.
- (3).- Guasp: "Comentarios..."- II.- 997.
- (4).- Alsina: "Tratado..."- II.- 733.
- (5).- Guasp: "Comentarios..."- II.- 997.
- (6).- Pacheco: "Comentarios al Código Penal concordado y comentado"; Madrid, 1.970, p. 432.
- (7).- Conferencia pronunciada por el profesor Carnelutti en el paraninfo de la Universidad de Sevilla, á fines de Mayo de 1.949.
- (8).- Sobre ésto: L. Polaino: "Un monstruoso incesto, legalmente impune" en la Revista de "Investigación" año\_\_\_\_\_ p.\_\_\_\_\_.
- (9).- Alsina: "Tratado..."- II.- 733, y Guasp: "Comentarios..."- II.- 987-88.
- (10).- Guasp: "Comentarios..."- II.- 993.
- (11).- Ya Prieto reconocía esta naturaleza incidental de las excepciones dilatorias de nuestra L. de E.C. ("D.P.C."- II.-235).
- (12).- Sobre la materia veáse: Antonio Aguilar y Garcia: "Estimación de la cuantía del pleito" en R. de D.Pri.; t. 20, p. 268 y ss.- José Vicente y Carabantes: "Reglas de la Ley Organica para conocer el valor de las demandas que determina la competencia de jurisdicción", en la R. de L. y J.; 1.875, p. 23 y ss.- F.G. Conejero: "Breve comentario de la regla 6ª del artículo 489 de la L. de E.C.", en la R. de L. y J., t. 145, p. 447 y ss.
- (13).- Sobre este superincidente puede consultarse: José A. Mirete:

- «De las tachas en los juicios de menor cuantía», en la R. de L. y J.; t. 29, p. 351 y ss.- A. Miñano: «Celebrado el juicio verbal y antes de dictar sentencia ¿puede el demandado alegar y probar la tacha de los testigos?», en la R. de L. y J.; t. 40, p. 141 y ss.- Ubaldo Muñoz: «La prueba de tacha en los incidentes» en la R. de L. y J.; t. 71, p. 52 y ss.- Alvarez: «La prueba de tacha en los incidentes», en la R. de L. y J.; 1.889 p. 311 y ss.- Manresa y Navarro: «La prueba de tacha en los incidentes», en la R. de L. y J.; 1.889, p. 381 y ss.
- (14).-Sobre esta cuestión puede consultarse: García Goyena: «Sobre procedencia de los recursos de queja» en la R. de L. y J.; 1.881, p. 333 y ss.- Alcalá Zamora y Castillo: «Los recursos en nuestras leyes procesales» en la R. de L. y J.; 1.930, p. 7 y ss.
- (15).-Respecto á esto, veáanse: Emilio Adán: «Sobre los recursos de fuerza y protección» en la R. de L. y J., t. 28, p. 322 y ss.- Enrique Escalá: «Los recursos de fuerza en la nueva L. de E. C.» en la R. de L. y J.; 1.881, p. 441 y ss.- Alcalá Zamora y Castillo: Trabajo citado en la nota anterior.
- (16).-Estimo que este nombre elegido por mi parte para designar una figura procesal reúne los requisitos que Guasp exigía para que las nuevas allocuciones necesarias en nuestra terminología procesal estuvieran bien construidas, gramatical y jurídicamente (J. Guasp: «Vieja y nueva terminología en el Derecho Procesal Civil», en R. de D.P., 1.946, p. 81 y ss.).
- (17).-Carnelutti: «Sistema...».- III.- 178-79.
- (18).-Carnelutti: «Instituciones...».- 62.
- (19).-De la Plaza: «D.P.C.».- II.- 31 y ss.

- (20).- Guasp: "Comentarios..."- I.- 35.
- (21).- Carnelutti: "Instituciones..."- 62.
- (22).- Calamandrei "Introduzione, allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari", cap. I, p. 9.
- (23).- Chiovenda: "Instituciones..."- I.- 298.
- (24).- La falta de caracter incidental en el proceso para la concesión del beneficio de justicia gratuita, ya la apreció Prieto de pasada ("D.P.C."-II.- 232) pero sin detenerse á analizar su verdadera naturaleza procesal.
- (25).- Véase sobre ello: Angel Requena: "Intervención del juez en la regulación de honorarios" en la R.G. de D.; 1.947, p. 675 y ss.
- (26).- Consúltese: De la Plaza: "Efectos de la incomparecencia del demandado en el incidente de pobreza", en la R. de D.Pri.; t. 7, p. 77 y ss.- Angel Requena: "Relatividad de los beneficios de pobreza" en la R. de L. y J.; 1.948, p. 338 y ss.- D.B. Senao: "Deducida una pretensión de pobreza y no comparecida á contestarla la persona con quien se ha de litigar ¿se registrarán los trámites del juicio en rebeldia?" en R. de L. y J., t. 21, p. 163 y ss.- Primitivo González: "De la defensa por pobre" en la R. de L. y J., t. 39, p. 474 y ss.- A. Charrin: "Sobre la defensa por pobre" en la R. de L. y J.; 1.872, p. 393 y ss.- Galwey Mongrand: "De la defensa por pobre", en la R. de L. y J.; 1.881, p. 143 y ss.- Rodríguez Martín: "De la defensa por pobre" en la R. de L. y J.; 1.881, p. 374 y ss.- Aguilera Vera: "Estudios filosoficos sobre el beneficio de pobreza" en la R. de L. y J.; 1.886, p. 362 y ss.- Garcia Herrero: "La defensa de los pobres ante los tribunales de justicia", en la R. de L. y J.; t. 101, p. 105 y ss.- Luis Luna: "Sobre las recientes disposiciones acerca de la declaración



de pobreza", en la R. de L. y J.; l. 945, p. 223 y ss.- Tomas Eguidazu: "Compensación recíproca de condena en costas entre litigantes pobre y rico" en la R. de L. y J.; t. 162, p. 52 y ss.

(27).-SS. del T.S. 5-III-895 y A. 13-VI-947.

(28).-Esta ausencia de efectos directos ya la percibe Alsina: "Tratado".- II.- 734, refiriéndose al embargo preventivo, aunque sin sacar consecuencia alguna de ello, pues para él tal embargo tiene caracteres de incidente.

Notas al capítulo V.

- (1).- Mattiolo: "Tratado..."- III.- 561.
- (2).- Ricci: "Commento al Codice de Procedura Civile"; 1.905.-I.-378.
- (3).- Barsari: "Vammen al art. 181, número 2".
- (4).- Gargiolo: "Ná. 3a sobre el art. 181".
- (5).- Pecatore: "Sposizione compendiosa de D.P.C."- la parte, p. 51-52.
- (6).- Pisarelli: "Relaciones al proyecto de Código de Procedimiento Civil"- p. 70.
- (7).- Mortara: "Manuale procesuale civile"- num. 389.
- (8).- Las llamadas 2 á 7 que anteceden, las tomo de las citas de Mattiolo: "Tratado..."- III.- 559.
- (9).- Guasp: "Comentarios..."- II.- 989 y ss. y 1.002 y ss.- Prieto: "D.P.C."- II.- 235.- De la Plaza: "D.P.C."- II.- 288.- Bellón: "Apuntes..."- I.- 292.- Manresa: "Comentarios..."- III.- 521-22.- Orbaneja y Herce: "D. Procesal"- I.- 510.- Via-da, Bartolomé y Zubimendi: "D. Procesal..."- I.- 314.
- (10).- Esta clasificación se recoge en el Proyecto de Couture (art.53). Sobre ello: Gutierrez Alviz: "El proyecto de Couture de Código de Procedimiento Civil uruguayo; Exposición critica"- Inédito, folio 107.
- (11).- Guasp: "Comentarios..."- II.- 993, 1.008.- 1.016 y ss. Manresa: "Comentarios..."- III.- 525.- Prieto: "D.P.C."- II.- 234.- Bellón: "Apuntes..."- I.- 291.- De la Plaza: "D.P.C."- II.- 294.- Alcalá Zamora: Notas al "D.P.C." de Goldschmidt; 532 Rives: "Procedimientos..."- 293.- Fábrega: "Lecciones..."-II.-

146.- Viada, Bartolomé y Zubimendi: "D<sup>a</sup> Procesal...".- I.-

310.- Alsina: "Tratado...".- II.- 734.

(12).- Guasp: "Comentarios...".- II.- 1.008 - 1.016 y ss.- Manre-  
sa: "Comentarios...".- III.- 525 y ss.- De la Plaza: "D.P.C...".-  
II.- 294.- Prieto: "D.P.C...".- II.- 234.- Alcalá Zamora: Notas  
al "D.P.C." de Goldschmidt 532.- Rives: "Procedimientos...".-  
293.- Fábrega: "Lecciones...".- II.- 165 y ss.- Orbaneja y  
Herce: "D. Procesal...".- I.- 511.- Viada, Bartolomé y Zubi-  
mendi: "D. Procesal...".- I.- 314.- Alsina: "Tratado...".- II.-  
732.-

(13).- Guasp: "Comentarios...".- II.- 989.

(14).- El Código bonaerense recoge esta clasificación (art. 404) dejan-  
do al criterio del juez la determinación en cada caso de si el  
incidente suspende ó no la prosecución de la demanda -proceso-  
(art. 405), mientras que el proyecto Lancano, que tambien se  
hace eco de esta clasificación sienta el principio de que el  
incidente no suspende la tramitación de la causa principal si  
la ley no establece especialmente lo contrario (art. 283).

(15).- Alsina: "Tratado...".- II.- 734.

(16).- Véanse nuestras notas 1, 3 y 4.

(17).- Carnelutti: "Sistema...".- 158.

(18).- Carnelutti: "Sistema...".- 158-59.

(19).- René Morel: "Traité...".- 371.

(20).- Guasp: "Comentarios...".- II.- 989.

(21).- Se daría una cuestión incidental objetiva, si el actor de un  
proceso ordinario que reclamase remuneración por servicios  
prestados como mandatario, fundara sus derechos en el escrito  
de la demanda, en la existencia de un previo contrato de man-  
dato civil (art. 1.709 y ss del C.C.), y fundamentase despues  
en el escrito de réplica, la existencia de su derecho en la

- , previa estipulación de un contrato de mandato mercantil (art. 281 y ss. del C. de D).
- (22).-~~SS.~~ 13-XII-889 y 16-II-932.
- (23).-Guasp: "Comentarios..."- II.- 110.
- (24).-De la Plaza: "D.P.C."- II.- 296, y Guasp: "Comentarios..."- II.- 110.
- (25).-Así opinan: Prieto: "D.P.C."- II.- 232.- Viada, Bartolomé y Zubimendi: "D. Procesal..."- I.- 114.- Bellón: "Apuntes..."- I.- 292.- Jimeno Gomañra: "El incidente de nulidad de actuaciones" en la R. de D. Pri.; 1.949, p. 535.- También Manresa, aunque á veces habla de "Incidentes de previo y especial pronunciamientos", como cuando alude al "Reglamento Provisional de 1.835" (III - 558), distingue entre "incidentes ó artículos de *+e incidentes o artículos de especial pronunciamiento* previo pronunciamiento" cuando se refiere á la L. de E.C. (III- 520).
- (26).-Corresponden á este grupo, Rives: "Procedimientos..."- 293.- De la Plaza: "D.P.C."- II.- 294.- Maillo etc.: "D. Procesal..." 555.- Fábrega: "Lecciones..."- I.- 581.- Orbaneja y Herce: "D. Procesal..."- II.- 1.001.- Alcalá Zamora: Notas al D.P.C. de Goldschmidt; 532 y Guasp: "Comentarios..."- II.- 1.001.

Notas al capítulo VI.

- (1).- L. Polaino: "Significado, técnica y problemas del repartimiento de negocios" en la R. de D.P.; 1.949, p. 290.
- (2).- Guasp: "Comentarios..."- I.- 17 y ss.
- (3).- Guasp: "Comentarios..."- I.- 15.
- (4).- Guasp: "Comentarios..."- I.- 32.
- (5).- Guasp: "Comentarios..."- II.- 994.
- (6).- Chioyenda: "Principios..."- II.- 707, é "Instituciones..."- I.- 435.
- (7).- Chioyenda: "Principios..."- II.- 707, é "Instituciones..."- I.- 436.
- (8).- Guasp: "Comentarios..."- II.- 994-95.
- (9).- Viada, Bartolomé y Zubimerdi: "D. Procesal..."- I.- 8 y 9.
- (10).- Prieto: "D.P.C."- I.- 10.
- (11).- Guasp: "Comentarios..."- I.- 15.
- (12).- Mattirollo: "Tratado..."- III.- 559.
- (13).- Oposición á que se celebre el matrimonio (art. 98 del C.C.); declaración de incapacidad con excepción de la del prógigo (art. 218 del C.C. y Circular del M. Fiscal de 21-I-894); alzas contra los acuerdos del Consejo de Familia (art. 310 del C.C. y ss. 4-I-902 y 26-IX-912); procedimiento en caso de robo, hurto, ó extravío de documentos de créditos ó efectos al portador (art. 541 del C. de C.); juicio de retracto (art. 1.626 de la L. de E.C.); habilitación judicial para comparecer en juicio (art. 1.999 de la L. de E.C.), etc.
- (14).- Constitución ó ampliación de hipotecas legales (art. 165 de la

L.H. y art. 257 del R.H.); responsabilidad civil de funcionarios públicos (arts. 4 á 6 de la L. 5-IV-904 y 10 del R. 23-X-904); oposición al convenio en las suspensiones de pagos (art. 17, pf. 2ª de la L. 26-VI-922) etc.

Notas al capítulo VII.

- (1).-- Chiovenda: "Principios...", II.- 707, é "Instituciones..."-I.- 436.
- (2).-- Guasp: "Comentarios..."- II.- 994.
- (3).-- Carnelutti: "Instituciones..."- 147.
- (4).-- Rafael Monzon: "Sobre el recurso de casación contra los autos resolutorios de incidentes de recusación de jueces y magistrados", en R.G.de D.; 1.947; p. 479.
- (5).-- Cuasimodo: "La suspensión del procedimiento en los casos de los artículos 114 de la L.de E.Cri., y 514 de la L.de E.C.", en la R.G. de D.; 1.946, p.272 y ss. Juan de Hinojosa: "La suspensión del procedimiento civil por iniciación de causa criminal" en la R.de D. Pri.nº 19, p.17 y ss. I.Bellón: "Matices de prejudicialidad en el proceso civil", en R.de D.P.; 1.946, p.3 y ss.; I.Alamillo: "Suspensión del fallo civil en el supuesto de delito", en R.de D.P.; 1.946, p.19 y ss.
- (6).-- Sobre esto los magníficos "Comentarios" de Orbaneja a los artículos 3 a 7 de la L.de E.Cri. (E.G.Orbaneja: "Comentarios a la L. de E.Cri"; t.I; Barcelona, 1.947; p.128 a 261.
- (7).-- Sobre la materia: Victor Covían: "Procedimiento en las competencias y acumulaciones" en la R.de L.y J.; t.78, p. 464. García Fernández: "Acumulación de autos", en R.de L.y J.; t.104, p.433. Francisco Conejero: "Acumulación de autos y acciones", en R.de L.y J.; t.157, p. 44.
- (8).-- El mismo criterio sigue nuestra L.de E.C. en las tercerías surgidas en juicios verbales, cuando la cuantía de éstas es supe-

rior a la que corresponde al juez municipal (arts. 739 parfs. 2º y 3º).

- (9).- Chiovenda: "Ensallos...".- II.- 256.
- (10).- Carnelutti: "Instituciones...".- 347.
- (11).- Mattiolo: "Tratado...".- III.- 522 y ss.
- (12).- Carnelutti: "Instituciones...".- 354.
- (13).- Chiovenda: "Principios...".- II.- 710, é "Instituciones...".- I.- 436, y Guasp: "Comentarios...".- II.- 995.
- (14).- Castelari: "Competenza per connessione di causa".- 364 y ss.-  
Tuccio: "Questioni pregiudiziali".- 80 y ss.; ambos citados por  
Chiovenda: "Principios...".- II.- 705, é "Instituciones...".- I.- 433.
- (15).- Alsina: "Tratado...".- II.- 734.
- (16).- Schönke: "D.P.C.". - 556.
- (17).- T.S. SS. 15-VI-912 y 23-XII-939.
- (18).- R. Jimeno Goma <sup>Fra</sup>: "T.C.p. 114.
- (19).- De la Plaza: "D.P.C.". - I.- 291 y ss. y II.- 560. Guasp: "Comentarios...".- II.- 263 y ss.
- (20).- Mattiolo: "Tratado...".- III.- 589. Alsina: "Tratado...".- III.- 734.
- (21).- Sobre tercerías puede verse: M. Calderon: "Tercera oposicion", en R. de L. y J.; t. 105, p. 52 y ss. Miguel y Romero: "La intervencion de tercero en el juicio", en R. de L. y J.; t. 158, p. 250.  
J.M. de Moner: "Tercerías" en R. de L. y J.; t. I, p. 339, D.A. Charrin: "Situación de las tercerías de dominio en ejecución de sentencia de juicios verbales", en R. de L. y J.; t. II, p. 153.-  
M. Maynar Barnolas: "Tercerías de dominio"; en R. G. de D.; 1.944.



632 y ss. R.Alvarez Abundancia: "La tercería de dominio en el embargo preventivo" en R. de L. y J.; t. 30 p. 525.

(22).-Mattiolo: "Tratado..."- III.- 589 y Alsina: "Tratado..."-  
III.- 734.-

(23).-Cámara Civil Primera de la Capital de Buenos Aires.; Resolución de 19-V-43, comentada en la R.de D. P. A.; 1.944; segunda parte, p. 5 y ss.

(24).-Orbaneja y Herce: "D.Procesal".- I.- 244. Manresa: "Comentarios..."- III.-44 y ss. De la Plaza: "D.P.C."- I.- 342, y ss.

(25).-Guasp: "Comentarios..."- II.- 250 y ss.

(26).-Prieto: "D.P.C."- I.- 263 y ss.

(27).-Carlos J.Colombo: "Evicción, litisdenuntiatio y laudatio actoris" en R.de D.P.A.; 1.944, 2ª parte; p. 2. y ss.

(28).-L.Polaino: "La reconvencción contra el demandante y otra persona", en R. de D.P.; 1.947, p. 39 y ss.

(29).-Vease capitulo VI, párrafo 3º.

(30).-T.S. 3-XII-903.-

Notas al capítulo VIII.

- (1).- Guasp: "Comentarios..."- II.- 1.000, y Alsina: "Tratado..."  
III.- 733.-
- (2).- T.S. s. 5-II-881.
- (3).- Mattirolo: "Tratado..."- III.- 536.
- (4).- Chiovenda: "Ensallos..."- II.- 276 y ss.
- (5).- Chiovenda: "Principios..."- I.- 436.
- (6).- Véanse nuestras notas 23 a 25 inclusive del capítulo anterior  
y párrafo del que las mismas dimanen.
- (7).- Alsina: "Tratado..."- II.- 738.
- (8).- Alsina: "Tratado..."- II.- 733.
- (9).- Freiré: "Informe sobre el principio de autoridad del juez en  
el proceso civil y sus límites" ante el I Congreso Nacional de  
Derecho Procesal, según el Libro de Actas del mismo, publicado  
por el Instituto Español de Derecho Procesal; Madrid, 1.950,  
p. 13.
- (10).- S.T. s. 19-X-899, comentada por Jimeno Gomarra, t.c. p.334.
- (11).- Razonadamente opina Guasp ("Comentarios..."- II.- 921), que  
es este segundo momento procesal el indicado, y no el primero  
antes citado, para proponerse tal incidente especial.

Notas al Capitulo IX.

- (1).- Chiovenda: "Principios..."- II.- 709.
- (2).- Alcalá Zamora: "Proceso oral y abogacía", conferencia pronunciada en el Colegio Nacional de Córdoba, -Argentina-, reseñada en la R. de D.P.A.; 1.945, 2ª parte, p.289.
- (3).- Orbaneja y Herse: "D.Procesal..."- I.- 226.
- (4).- Prieto: "Cuestiones..."- 87 y ss.
- (5).- David Lascano: "Ideas de Chiovenda en la Nueva Legislación Procesal", en la R. de D.P.A.; 1.947, 1ª parte, p. 352.
- (6).- Chiovenda: "Ensallos..."- II.- 246.
- (7).- De la Plaza: "En torno a la reforma de la Ley Procesal Civil" Madrid, 1.945; p. 29 y ss.
- (8).- De la Plaza: "D.P.C."- I.- 238.
- (9).- Prieto: "Estudios..."- I.- 91 y ss. y "D.P.C.- II.- 232.
- (10).- Prieto: "Cuestiones..."- 87 y ss.
- (11).- Prieto: "Estudios..."- I.- 132.
- (12).- Ayarragaray: "Pereira Bragas..."- p. 210 y ss.
- (13).- Alcalá Zamora: "Proceso oral y abogacía"- p. 289.
- (14).- Ello puede ser verdad en un régimen de retribución arancelaria en el que la base del arancel sea el número de actuaciones documentadas ó de fóllos escritos, pero no si ella es la cuantía de la pretensión procesal; de donde un simple cambio en la base del sistema arancelario basta para corregir abusos y corruptelas procesales.

- (15).- Ayarragaray: "Pereira Bragas..."- p. 110 y ss.
- (16).- Amilcar A. Mercader: "El proyecto de Código de Procedimieno Civil de Eduardo Couture", en la R. de D.P.A.; 1.947; 1ª parte, p. 193 y ss.
- (17).- Instituto Español de Derecho Procesal: "Actas del I Congreso Nacional de Derecho Procesal"; Madrid, 1.950; p.57.
- (18).- Igual criterio adopta el proyecto de bases para la reforma de la L.de E.C. de 21 de abril de 1.950, al tratar de ordenar los procesos de mayor y menor cuantía, en un regimen de mas rapidez en la tramitación, y de menos obstáculos en su desarrollo.
- (19).- Guasp: "Comentarios..."- II.- 914.
- (20).- Prieto: "Problemas del juicio de pequeña cuantia", en la R. de D.P.; 1.946, p. 379 y ss.
- (21).- Vease la nota 6ª del capitulo I.
- (22).- Ayarragaray: "Pereira Bragas..."- p. 210.
- (23).- Schöch: "La reforma del procedimiento civil en Alemania" en la R. de D.Pri.; 1.931, p. 113 y ss.
- (24).- Prieto: "Estudios..."- I.- 97.
- (25).- Prieto: "Estudios..."- I.- 96.
- (26).- Amilcar A. Mercader: t.c. p. 132.
- (27).- Gutierrez Alviz: "El proyecto Couture..." folio 15.
- (28).- Fabian Taveres: "Oralidad del proceso en la Republica Dominicana", en la R. de D.P.A.; 1.944, 1ª parte, p. 106 y ss.
- (29).- Guasp: "Comentarios..."- II.- 982.
- (30).- Manresa: "Comentarios..."- III.- 506.
- (31).- Prieto: "Cuestiones..."- 90.
- (32).- Wyness Millar: "Los principios..." p. 143, 157 y 159.

- (33).- Primitivo González Alba: "¿Como se sustancian las cuestiones de competencia en los actos de conciliación y en los juicios verbales?", en R.de L.y J..-t. I.-p.299 y ss.
- (34).- Auto de 27-III-947 de la Audiencia Territorial de Madrid.
- (35).- Asi lo aprecia Prieto en su capitulo "La oralidad y las excepciones de incompetencia en los juicios de desahucio", en "Estudios...". I.- 110.

Notas al capítulo X.

- (1).- Carnelutti: "Sistema...".- 159.-60.
- (2).- Mattiolo: "Tratado...".- III.- 520.
- (3).- Prieto: "Cuestiones...".- 90.
- (4).- Véase capítulo I, párrafos 1 al 5 inclusive.
- (5).- Bellón: "Apuntes...".- I.- 289.
- (6).- Jimeno Gomarra: t.c. p. 516 y ss.
- (7).- Guasp: "Comentarios...".- II.- 993.
- (8).- De la Plaza: "En torno á la reforma...", p. 29.
- (9).- Manresa: "Comentarios...".- III.- 519.
- (10).- Según los datos estadísticos publicados por el T.S. en sus memorias anuales, con motivo de las aperturas de los trib
- (11).- Mattiolo: "Tratado...".- III.- 540.
- (12).- Carnelutti: "Sistema...".- 158.
- (13).- Guasp: "Comentarios...".- II.- 1.008 y ss.
- (14).- Guasp: "Comentarios...".- II.- 1.010 y ss.
- (15).- Maillo, etc.: "D. Procesal".- 551.

Notas al capítulo XI.

- (1).- Guasp.- "Comentarios...".- II.- 993.
- (2).- Guasp.- "Comentarios...".- II.- 1.000.
- (3).- Vease, capítulo 3º, apartado 4º.
- (4).- Prieto: "D.P.C.". - II.- 233, nota, y Guasp: "Comentarios...".- II.- 1.000.
- (5).- T.S. s. 7-II-898.
- (6).- T.S. s. 29-IX-902.
- (7).- Vease capítulo 4º apartado 2º.
- (8).- Alsina: "Tratado...".- II.- 702.
- (9).- Vease capítulo 4º, apartado 3º.
- (10).- Vease capítulo 7º, apartado 1º.
- (11).- T.S. s. 4-IV-945.
- (12).- Vease la nota 24 del capítulo 3º.
- (13).- Vease la nota 13 al capítulo 4º y párrafo que de la misma -  
dimana.
- (14).- T.S. a. 20-I-904.
- (15).- Cuestión interesante es, por ejemplo, si la nulidad del proceso principal que se reclama por incompetencia de jurisdicción - (art. 533 par. 1º) del juez, denegada como perentoria, puede - acarrear la del embargo preventivo practicado a virtud de solicitud formulada en otrosí de demanda principal. En una buena concepción de este paraincidente, ello no debe ocurrir, pues que las normas que determinan la competencia para conocer del proceso principal (arts. 51 á 56 en relación con el 487), son -

distintas a las que regulan la competencia para poder despa-  
char un embargo preventivo (art.1.398 en su supuesto).

(16).-T.S. s. 15-XI-910.



Notas al capítulo XII.

- (1).- Guasp: "Comentarios...".- II.- 1.009.- 16.
- (2).- Véase capítulo 5º.
- (3).- Véase capítulo 3º, apartado 2º.
- (4).- Guasp: "Comentarios...".- II.- 993.
- (5).- Véase capítulo 9º, apartado 2º.
- (6).- Freiré: "El proyecto...".- p. 13.
- (7).- Carnelutti: "Instituciones...".- II.- 341.
- (8).- Prieto: "Cuestiones...".- 120.
- (9).- Freiré: "El principio de autoridad...".- p. 18 y ss.
- (10).- Freiré: "El principio de autoridad...".- p. 14.
- (11).- Mattiolo: "Tratado...".- III.- 559.
- (12).- Freiré: "El principio de autoridad...".- p. 17.
- (13).- Bases 12 y 13 del proyecto.
- (14).- Freiré: "El proyecto...".- p. 12.
- (15).- Alsina: "Tratado...".- II.- 36 y ss.

Notas al capítulo XIII.

- (1).- Schönke: D.P.C. 256.
- (2).- Viada-Aragoneses: "D. Procesal".- 177.
- (3).- Kisch: "Elementos...".- 257.
- (4).- SS. 26-IX-943.
- (5).- Prieto: "D.P.C." I.- 228 y ss.
- (6).- SS. 13-V-891 y 25-III-936.
- (7).- SS. 7-VY-909 y 24-I-941.
- (8).- AA. 7-II-891 y 21-II-932.
- (9).- Schönke: "D.P.C." 258-59.
- (10).- Carlos J. Colombo: "Naturaleza jurídica de la sentencia sujeta a recurso", en la R. de D.P.A.; 1.947, 1ª parte, p. 489 y ss.
- (11).- De la Plaza: "D.P.C." II.- 292.
- (12).- Guasp: "Comentarios...".- I.- 956.
- (13).- Guasp: "Comentarios...".- I.- 955.
- (14).- Sobre esto: J. Marquez: "Nulidad y subsanación ex officio en el proceso civil" en R. de D.P.; 1.945, p. 15 y ss.
- (15).- Morel: "Traité...".- 497 y ss.
- (16).- Veanse notas 5 a 8 inclusive del capítulo 10.
- (17).- De la Plaza: "D.P.C.".- II.- 297.
- (18).- Carnelutti: "Sistema...".- 158.
- (19).- Viada, Zubimendi y Bartolomé: "D. Procesal...".- I.- 197.
- (20).- Schönke: "D.P.C.".- 265.
- (21).- Orbaneja-Herese: "D. Procesal...".- I.- 358.
- (22).- Prieto: "D.P.C.".- I.- 387.

- (23).- Prieto: "D.P.C.".- I.- 376.
- (24).- De la Plaza: "D.P.C.".- I.- 515.
- (25).- Schönke: "D.P.C.".- 266.
- (26).- Prieto: "D.P.C.".- I.- 387.
- (27).- Carnelutti: "Instituciones..."- 149.
- (28).- Carnelutti: "Instituciones..."- 378.
- (29).- SS. 8-VI-906 y 16-XII-908.
- (30).- S. 12-VI-915.

Notas al capitulo XIV.

- (1).- Guasp: "Comentarios..."- I.- 1.167.
- (2).- Sobre esta cuestión: F. Beseña: "Costas en el proceso civil", en la R. de D. Pri.; t. IX, p. 33 y ss.- S. Sentis Melendo: "Imposición de costas al vencido", en R. de D.Pri.; t. XXII p.48 y ss.- D.C. de Velasco: "Imposición de costas al litigante temerario" en la R. de L. y J.; t. I. p. 632 y ss.- Felguera: "Costas procesales: arbitrio judicial en su imposición", en R. de L. y J.; t. 108, y 109, ps. 523 y 47 y ss. respectivamente.- Perez Arda: "Costas en materia civil" en la R. de L. y J., t. ~~112~~ p.459 y ss Cortés Eguílzar: "Reciproca compensación de costas entre los litigantes", en R. de L. y J. t. 162, p. 52 y ss.- Alcalá Zamora: "La condena en costas"; Madrid 1.930; De la Plaza: "Daños y perjuicios procesales" en R. de D.P.; 1.945, p. 509 y ss.- Gutiérrez Alviz: "En torno al pacto sobre costas en nuestro sistema procesal civil" en R. de D.P.; 1.947, p. 189 y ss.- Ricardo Reimundi: "Las costas en los incidentes", en la R.de D.P.A.;1.948, 2ª parte, p. 93 y ss.- Anastasi: "Notas de jurisprudencia sobre costas", en la R. de D.P.A.; 1.948, 1ª parte, p.396 y ss.
- (3).- Chiovenda: "La condena en costas", traducción de De la Puente Q jano y notas de J.R. Xirau; Madrid, 1.928.- Sobre incidentes, p. 362 y ss.
- (4).- Orbaneja-Hersee: "D. Procesal..."- I.- 765.
- (5).- De la Plaza: "D.P.C."- I.- 525.
- (6).- De la Plaza: "D.P.C."- I.- 224.
- (7).- Chiovenda: "Las costas..."- 357 y 360.

- (8).- Chioventa: "Las costas...".- 358.
- (9).- Chioventa: "Las costas...".- 360.
- (10).- Reimundi: T.c. p. 93 y ss.
- (11).- Reimundi: T.c. p. 94 y ss.
- (12).- Prieto: "D.P.C.". - I.- 550.
- (13).- Prieto: "D.P.C.". - I.- 550.
- (14).- Orbaneja-Herse: "D. Procesal...".- I.- 769.
- (15).- Prieto: "D.P.C.". - I.- 549.
- (16).- Reimundi: T.c. p. 94.
- (17).- T.S. s. 22-I-928.
- (18).- Gutierrez Alviz: "En torno al pacto de costas...".- p.191 y ss.

Notas al capítulo XV.

- (1).- Rives: "Procedimientos..."- 293.
- (2).- Ayarragaray: "Pereira Bragas..."- en la R. de D.P.A.; 1.946, 2ª parte, p. 207
- (3).- Mattirolo: "Tratado..."- III.- 559.
- (4).- Calamandrei: "Estudios..."- 351.
- (5).- W. Millar: "Principios..."- 81 y ss.
- (6).- Gutierrez Alviz: "La justicia..."- 130.
- (7).- Sobre estos caracteres psicológicos de los pueblos, hay de tener en cuenta por los legisladores si quieren acertar en su misión y tarea, hay múltiples monografías interesantísimas. Por citar solo las que más renombre alcanzaron entre nosotros, consigno aquí la de el Conde H. Keyserling: "Europa, análisis espectral de un continente"; traducción de J. Perez Blanes; Madrid, 1.929; capt. 2 a 5 inclusives y último, y S. de Madariaga: "Ingleses, franceses y españoles"; Buenos Aires, 1.946; especialmente para este punto, 2ª parte, capt. 1ª, apartado A) y capt. 3ª.
- (8).- Veanse la nota 14 del capítulo 9 que antecede, y parrafo del que la misma dimana.
- (9).- Vease nota 7ª que antecede.
- (10).- W. Millar: "Principios..."- p. 81 y 84.

Bibliografía consultada.-  
=====

### Bibliografía consultada.

Las obras generales de Derecho Procesal consultadas para redactar esta tesis y a las que se hizo referencia en la nota previa de su comienzo, son las siguientes:

De la Plaza (Manuel): "Derecho Procesal Civil Español".-Madrid. 1.942.-Citaremos por "D.P.C.".

Prieto Castro (Leonardo): "Derecho Procesal Civil".-Zaragoza.-1.946.-Citaremos por "D.P.C.".

Prieto Castro (Leonardo): "Cuestiones de Derecho Procesal".-Madrid 1.947.-Citaremos por "Cuestiones...".

Prieto Castro (Leonardo): "Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil".-Madrid 1.950.-Citaremos por "Estudios...".

Gomez Orbaneja (Emilio):y Herce Quemada (Vicente): "Derecho Procesal".-Madrid 1.949.-Citaremos por "D.Procesal".

Viada (Carlos), Bartolomé (Higinio) y Zubimendi (Julian): "Derecho Procesal de Organización de Tribunales".-Madrid 1.950.-Citaremos por "D.Procesal".

Viada (Carlos) y Aragoneses (Pedro): "Derecho Procesal";Madrid 1.949.-Citaremos por "D.Procesal...".

Fábragas y Cortes (Magín): "Lecciones de procedimientos judiciales y prácticas forenses".-Barcelona 1.921.-Citaremos por "Lecciones...".

Bellón (Ildefonso): "Apuntes de procedimientos judiciales y práctica forenses".-Madrid 1.941.-Citaremos por "Apuntes...".



Rives (Francisco de P.): "Organización de Tribunales y leyes de procedimientos".-Madrid 1.932.-Citaremos por "Procedimientos...".

Maillo Sanchez (Jerónimo) Del Campo (Matías) y Sanchez Hernandez (Fausto): "Derecho Procesal".-Salamanca 1.943.-Citaremos por "D.Procesal".

Guasp (Jaime): "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil".-Madrid, 1ª edición.-Citaremos por "Comentarios...".

Manresa (José Maria): "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil".- Tomo 3º.- 4ª edición.-Lo citaremos por "Comentarios...".

Alsina (Hugo): "Tratado teorico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial".-Buenos Aires; 1.941.-Lo citaremos por "Tratado..."

Chiovenda: "Principios de Derecho Procesal Civil".-Traducción de Santaló.-Madrid 1.941.-Lo citaremos por "Principios...".

Chiovenda: "Instituciones de Derecho Procesal Civil".-Traducción y notas de Gomez Orbaneja.-Madrid 1.936.-Lo citaremos por "Instituciones...".

Chiovenda: "Ensayos de Derecho Procesal Civil".-Traducción de Sentís Melendo.-Buenos Aires 1.949.-Lo citaremos por "Ensayos...".

Carnelutti: "Sistema de Derecho Procesal Civil".-Traducción de Alcalá Zamora y Sentís Melendo.-Buenos Aires 1.944.-Lo citaremos por "Sistemas...".

Carnelutti: "Instituciones de Derecho Procesal Civil".- Traducción de Guasp.-Barcelona 1.942.-Lo citaremos por "Instituciones..."

Calamandrei: "Estudios sobre el Proceso Civil".-Traducción de Sentís Melendo.-Buenos Aires 1.945.-Citaremos por "Estudios...".

Calamandrei: "Instituzioni de Processuale Civile, Secondo il novo Codice".-Padova 1.943.-Lo citaremos por "Instituciones...".

Zanuccchi: "Diricto Processuale Civile".-Milano, 1.948.-Lo citaremos por "D.P.C.".

Mattiolo: "Tratado de Derecho Judicial Civil".-Traducción de Ovejero y Maury.-Madrid 1.930.-Lo citaremos por "Tratado...".

Kish: "Elementos de Derecho Procesal Civil".-Traducción de Prieto Castro.-Madrid 1.940.-Lo citaremos por "Elementos...".

Goldschmidt (James): "Derecho Procesal Civil".-Traducción de Prieto Castro y notas de Alcalá Zamora.-Madrid 1.936.-Lo citaremos por "D.P.C."

Schoke: "Derecho Procesal Civil".-Traducción de Prieto Castro.-Barcelona 1.950.-Lo citaremos por "D.P.C."

Dos Reis (Alberto): "Código de Processo Civil Anotado".-Coimbra 1.948.-Lo citaremos por "Código...".

René Morel: "Traité élémentaire de procédure civile".-Paris 1.949 Lo citaremos por "Traité...".

<sup>7</sup>  
Wigness Millar (Robert): "Los principios formativos del procedimiento civil".- Traducción de G.Grossmann.- Buenos Aires, 1.945.-Lo citaremos por "Principios...".

- - - -

Las monografías y artículos de revista que, igualmente, se ha tenido en cuenta para la redacción de éste trabajo, son éstos:

Emilio Abais: "Sobre los recursos de fuerza y protección"; en la R.de L.y J.; t.28, p. 322 y ss.

Aguilar Garcia: "Estimación de la cuantía del pleito"; en la R.de D.Pri.; t.2º p.268 y ss.

Aguilera y Vera: "Estudio filosófico sobre el beneficio de pobreza"; en la R.de L.y J., 1.886, p.362 y ss.

I.Alamillo: "Suspensión del fallo civil en el supuesto de delito"; en la R.de D.P.; 1.946, p.19 y ss.

Alcalá Zamora: "La condena en costas"; Madrid, 1.930.

Alcalá Zamora: "Proceso oral y abogacia"; conferencia pronunciada en el C.N.de Cordoba.- Argentina.- Nota de la misma en la R.de D.P.A. 1.946, 2ª parte,p.289 y ss.-

Alcalá Zamora: "Los recursos en nuestras leyes procesales"; en la R.de L.y J.;1.930,p.7 y ss.

B.Alvarez Abundancia: "Las tercerias de dominio en el embargo preventivo"; en la R.de L.yJ., t.30,p.525 y ss.

Alvarez: "La prueba de tachas en los incidentes" en la R.de L.y J. 1.889, p.311 y ss.

Anastasi:"Notas de jurisprudencia sobre costas"; en la R.de D.P.A.; 1.948,1ª parte,p.396 y ss.

Carlos A.Ayarragaray:"Pereira Bragas y su criterio procesal", en la R. de D.P.A.;1.946, 2ª parte,p.207 y ss.

F.Beseña: "Costas en el proceso civil", en la R.de D.Pri.;t.9 p.33 y ss.

I.Bellón: "Matices de perjudicialidad en el proceso civil"; en la R.de D.P.1.946,p. 3 y ss.

Calamandrei: "Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari".- Padova,1.936.

M.Calderon: "Tercera oposición", en la R.de L.y J.,t.105,p.52 y ss.

Carnelutti: "Conferencia en el Salón de Actos de la Universidad de Sevilla"; Mayo 1.950.- Notas tomadas por el autor de esta tesis.

Carlos J.Colombo: "Evicción,litis denuntiatio y laudatio actoris" en la R.de D.P.A.;1.944, 2ª parte,p.21 y ss.

Carlos J.Colombo:"Naturaleza jurídica de la sentencia sujeta a recurso"; en la R.de D.P.A.; 1.947,1ª parte,p.489 y ss.

Francisco Conejero: "Acumulación de autos y acciones"; en la R.de L.y J., t.157, p.44 y ss.

Francisco Conejero: "Breve comentario de la regla 6ª del artículo

489 de la L.de E.C.", en la R.de L.y J.; t.149, p.447 y ss.

Victor Covian: "Procedimiento de las competencias y acumulaciones" en la R.de L.y J.; t.78 p.464 y ss.

Cuasimodo: "La suspensión del procedimiento en los casos del artículo 114 de la L.de E.Criminal y 514 de la L.de E.C.; en la R.G.de D.; 1.946, p.262 y ss.

D.A.Charrín: "Situación de las tercerías de dominio en ejecución de sentencia de juicios verbales", en la R.de L.y J.; t.2º, p.153 y ss.

D.A.Charrín: "Sobre la defensa por pobre", en la R.de L.y J.; 1.872, p.393 y ss.

Chioventa: "La condena en costas", traducción de De la Puente Quijano y notas de J.R. Xirau; Madrid 1.948.

H.E.C. David: "Europa medieval".- C.Labor. T. 158.

Tomas Eguidazu: "Compensación recíproca de condena en costas entre litigantes pobre y rico", en la R.de L.y J.; t.162, p.52 y ss.

Felguera: "Costas procesales: Arbitrio judicial en su imposición" en la R.de L.y J., ts.108 y 109, ps.523 y 47 y ss.

Freiré: "Informe sobre el principio de autoridad del juez en el proceso civil y sus límites", en el Libro de Actas del I.C.N.de D.P.; Madrid, 1.950, p.13 y ss.

Freiré: "El Proyecto de Ordenanza Civil Austriaca de Franz Klím" en la R.de D.P.; 1.950, p.3 y ss.

Galvey Mongrand: "De la defensa por pobre", en la R.de L.y J.; 1881 p.143 y ss.

García Fernández: "Acumulación de autos", en la R.de L.y J.; t.104, p.433 y ss.

García Goyena: "Sobre procedencia de los recursos de queja", en la R.de L.y J.; 1.881, p.333 y ss.

García Herrero: "La defensa de los pobres ante los tribunales de

justicia", en la R.de L.y J., t.101, p.105 y ss.

González Alba: "¿Cómo se sustentan las cuestiones de competencia en los actos de conciliación y en los juicios verbales?", en la R.de L.y J., t.12 p.399 y ss.

Primitivo González: "De la defensa por pobre", en la R.de L.y J. t.39, p.474 y ss.

J. Guasp: "Vieja y nueva terminología en el D.P.C.", en la R.de D.P., 1.946, p.81 y ss.

Gutierrez Alviz: "El proyecto de Couture de código de procedimiento civil".-Inédito.

Gutierrez Alviz: "La justicia civil norteamericana", separata de la Revista de Estudios Americanos; Sevilla, 1.951, p.130 y ss.

Gutierrez Alviz: "En torno al pacto sobre costas en nuestro sistema procesal", en la R.de D.P.; 1.947, p.189 y ss.

Juan de Hinojosa: "La suspensión del procedimiento civil por iniciación de causa criminal", en la R.de D.Pri.; número 19, p.17 y ss.

Jimeno Gomarra: "El incidente de nulidad de actuaciones", en la R. de D.Pri. 1.949, p.535 y ss.

David Lascano: "Idea de Chiovenda" en la Nueva Legislación Procesal", en la R.de D.P.A., 1.947, 1ª parte, p.352 y ss.

Luis Luna: "Sobre las recientes disposiciones acerca de la declaración de pobreza", en la R.de L.y J. 1.925, p.223 y ss.

Manresa y Navarro: "La prueba de tacha en los incidentes", en la R.de L.y J., 1.889, p.381 y ss.

J. Marquez: "Nulidad y subsanación ex officio en el proceso civil" en la R.de D.P., 1.945, p.15 y ss.

M. Mayner Barnolas: "Tercerías de dominio", en la R.G.de D.; 1.944, p.632 y ss.

Amilcar A. Mercader: "El proyecto de Código de Procedimiento Civil

de Eduardo Coutere", en la R.de D.P.A., 1.947, 1ª parte, p.193 y ss.

Miguel y Romero: "La intervención del tercero en el juicio", en la R.de L.y J., t.158, p.250 y ss.

A.Miñano: "¿Celebrado el juicio verbal y antes de dictar sentencia ¿puede el demandado alegar y probar tacha de testigos?", en la R.de L.y J., t.40, p.141 y ss.

José A.Mirete: "De las tachas en el juicio de menor cuantía", en la R.de L.y J., t.29 p.351 y ss.

J.M.de Moner: "Tercerías", en la R.de L.y J.; t.1ª, p.339 y ss.

Rafael Monzón: "Sobre el recurso de casación contra los autos resolutorios de incidentes de recusación de jueces y magistrados", en la R.G. de D.; 1.947, p.475 y ss.

Ubaldo Muñoz: "La prueba de tachas en los incidentes", en la R.de L.y J.; t.71, p.52 y ss.

Osorio y Gallardo: "El alma de la toga".-Madrid 1.929.

Pérez Arda: "Costas en materia civil", en la R.de L.y J., t.112 p.459 y ss.

De la Plaza: "Daños y perjuicios procesales", en la R.de D.P.1945 p.509 y ss.

De la Plaza: "En torno a la reforma de la Ley Procesal Civil".-Madrid 1.945.

De la Plaza: "Efectos de la incomparecencia del demandado, en los incidentes de pobreza", en la R.de D.Pri.; t.7, p.77 y ss.

L.Polaino: "Significación, técnica y problemas del repartimiento de negocios", en la R.de D.P.; 1.949, p.287 y ss.

L.Polaino: "Un monstruoso infesto, legalmente impune", en la Revista "Investigación"; \_\_\_\_, p.\_\_\_\_.

L.Polaino: "La reconvencción contra el demandante y otra persona", en la R.de D.P.; 1.947, p.39 y ss.

Prieto Castro: "El problema del juicio de pequeña cuantía", en la

R.de D.P.; 1.946, p.379 y ss.

Ricardo Reimundi: "Las costas en los incidentes", en la R.de D.P.A. 1.948, 2ª parte, p.93 y ss.

Angel Requena: "Intervención del juez en las reclamaciones de honorarios", en la R.G.de D.; 1.947, p.675 y ss.

Angel Requena: "Relatividad de los beneficios de pobreza", en la R.de L.y J., 1.948, p.338 y ss.

Rodriguez Martin: "De la defensa por pobre", en la R.de L.y J.; 1.881, p.274 y ss.

Schöch: "La reforma del procedimiento civil alemán", en la R.de D. Pri.; 1.931, p.113 y ss.

S.Sentís Melendo: "Imposición de costas al vencido", en la R.de D. Pri.; t.22, p.48 y ss.

D.B. Senao: "Deducida una pretensión de pobreza y no comparecida a contestarla la persona con quien se ha de litigar, ¿se seguirán por los trámites del juicio en rebeldía?", en la R.de L.y J.; t.21, p.163 ss.

Fabian Taverés: "Oralidad del proceso de la Republica Boliviana", en la R.de D.P.A.; 1.944, 1ª parte, p.106 y ss.

Enrique Urcelay: "Los recursos de fuerza en la nueva L.de E.C.", en la R.de L.y J.; 1.881, p.441 y ss.

D.C. de Velasco: "Imposición de costas al litigante temerario", en la R.de L.y J.; t.12, p.632 y ss.

Vicente y Carabantes: "Reglas de la Ley Organica para conocer el valor de las demandas que determina la competencia de jurisdicción" en la R.de L.y J.; 1.875, p.23 y ss.

R.G. de D., editorial titulado "El embargo preventivo y el moderno proceso de cognición"; 1.947, p.83 y ss.

Instituto de Estudios Politicos: "Dilaciones irregulares en el juicio ordinario de mayor cuantia".- Madrid 1.945.

Indice alfabetico de autores citados.



Indice alfabetico de autores citados.

Abais (Emilio): 167.

Adan: 140.

Aguilar y Cabral: 71.

Aguilar y Garcia: 139 - 167.

Aguilar Vera: 141 - 167.

Alamillo: 148 - 167.

Alcalá Zamora: 67 - 114 - 115

117 - 118 - 134 - 140 -

143 - 144 - 152 - 161 -

166 - 167 - 168.

Alsina: 17 - 38 - 56 - 63 -

98 - 134 - 135 - 137 - 139

142 - 143 - 144 - 149 -

150 - 151 - 156 - 158 -

166.

Alvarez Abundancia: 150 - 178.

Alvarez: 140 - 168.

Allorio: 12.

Anastasi: 115 - 161 - 168.

Aragoneses: 99 - 100 - 159 - 165.

Ayarragaray: 13 - 132 - 152 - 153

163 - 168.

Barsai: 37 - 143.

Bartolomé: 143 - 144 - 145 - 146

159 - 165.

Beseña: 111 - 161 - 168.

Bellón: 8 - 9 - 79 - 131 - 143 -

145 - 148 - 155 - 165 - 168.

Bulow: 45.

Calamendrei: 34 - 48 - 123 - 131

135 - 141 - 163 - 166 - 168.

Calderón: 149 - 168.

Campo: (del) 166.

Carnelutti: 2 - 12 - 15 - 16 - 19

31 - 33 - 34 - 39 - 40 - 41 -

54 - 56 - 81 - 95 - 105 - 108

134 - 135 - 136 - 137 - 138 -

139 - 140 - 141 - 144 - 148 -

149 - 155 - 158 - 159 - 160 -

166 - 168.

Castelai: 55.- 149.

Colombo: 150 - 159 - 1688-

Conejero: 139 - 148 - 168.

Cortés Eguidamuz: 161.

Covian: 148 - 169.

Couture: 71 - 118 - 143 - 170 -

171.

Cuasimodo: 148 - 169.

Charrin: 141 - 149 - 169.

Chioyenda: 34 - 51 - 54 - 55  
 59 - 62 - 67 - 68 - 110  
 111 - 113 - 114 - 136 -  
 138 - 141 - 146 - 148 -  
 149 - 151 - 152 - 161 -  
 162 - 166 - 169 - 170.

Dalloz: 111.

David: 131 - 169.

Eguidazu (Tomás): 142 - 169.

Fábrega: 136 - 143 - 144 -  
 145 - 165.

Felguera: 161 - 169.

Fenech: 48.

Freiré: 63 - 95 - 97 - 131 -  
 151 - 158 - 169.

Garcia Fernandez: 148 - 169.

Garcia Goyena: 140 - 169.

Garcia Herrero: 141 - 169.

Galwey Mongland: 141 - 169.

Gargiolo: 37.- 143.

Goldschmidt: 14 - 45 - 69 -  
 134 - 143 - 144 - 145 -  
 167.

Gonzalez (Primitivo): 141 -  
 154 - 170.

Grandi: 69.

Grossmann: 167.

Guasp: 8 - 9 - 12 - 14 - 16 -

17 - 19 - 21 - 22 - 36 - 34 -  
 41 - 42 - 45 - 48 - 51 - 58 -  
 72 - 79 - 86 - 92 - 94 - 110  
 131 - 132 - 134 - 135 - 136 -  
 137 - 138 - 139 - 140 - 141 -  
 143 - 144 - 145 - 146 - 148 -  
 149 - 150 - 151 - 153 - 155 -  
 156 - 158 - 159 - 161 - 166 -  
 170.

Gutierrez Alviz: 8 - 131 - 132 -  
 143 - 153 - 161 - 162 - 163 -  
 170.

Hellwig: 45.

Herce: 134 - 143 - 144 - 145 -  
 150 - 152 - 159 - 161 - 162 -  
 165.

Hinogosa: 148 - 170.

Jimeno Gamarra: 79 - 145 - 149 -  
 151 - 155 - 170.

Kant: 133.

Keyserling (Conde de H.): 173.-

Kisch: 14 - 99 - 134 - 159 - 167.

Klneim: 7 - 17 - 71 - 95 - 131 -  
 169.

Köhler: 45 - 103.

Lazcano (David): 140 - 170.

Luna (Luis): 141 - 170.

Madariaga (Salvador): 163.

Maillo: 145 - 155 - 166.

Manresa: 7 - 58 - 72 - 131

136.- 137 - 140 - 143

144 - 145 - 150 - 153

155 - 166 - 170.

Marquez: 159 - 170.

Mattirolo: 8 - 12 - 21 - 37

39 - 50 - 54 - 55 - 77

81 - 131 - 135 - 136 -

143 - 146 - 149 - 150

155 - 158 - 163 - 167.

Maury: 167.-

Maynar Barnolas: 149 - 170.

Mercader (Armilcar): 153 -

170.

Miguel y Romero: 149 - 171.

Miñano: 140 - 171.

Mirete: 139 - 171.

Moner: 149 - 171.

Morel: 15 - 41 - 131 - 134 -

144 - 159 - 167.

Mortara: 37 - 103 - 111 - 143.

Muñoz (Ubaldo): 140 - 171.

Orbaneja (Gomez): 58 - 67 -

134 - 144 - 145 - 148 -

150 - 152 - 159 - 161 -

162 - 165 - 166.

Ossorio y Gallardo: 133 - 171.

Ovejero: 167.

Pacheco: 139.

Perez Ardaz: 161.

Perez Blanes: 163.

Pereira Bragas: 79 - 132 - 163 -  
168.

Pescatore: 37 - 39 - 55 - 136 -  
143.

Pisarelli: 37 - 39 - 136 - 143.-

Planck: 12.

Plaza (de la): 16 - 34 - 48 - 58  
68 - 80 - 105 - 137 - 140 -  
141 - 143 - 144 - 145 - 149  
150 - 159 - 160 - 161 - 165  
171.

Polaino: 139 - 146 - 150 - 171.

Prieto Castro: 7 - 45 - 58 - 67 -  
68 - 69 - 72 - 78 - 95 -  
100 - 108 - 131 - 137 - 139  
141 - 143 - 144 - 145 - 146  
150 - 152 - 153 - 154 - 155  
156 - 158 - 159 - 160 - 161  
162 - 165 - 167.

Puente (Quijano de la): 161 - 169.

Reimundi: 161 - 162 - 172.

Renauld: 111.

Reis (Alberto dos): 167.

Requena (Angel): 141 - 172.

Ricci: 37 - 143.

Rives: 143 - 144 - 145 - 163  
166.

Rodriguez Martin: 143 - 171 -  
172.

Solmi: 69.

Santaló: 166.

Schönke: 14 - 26 - 56 - 99 -  
107 - 134 - 136 - 138 -  
149 - 153 - 159 - 160 -  
167 - 172.

Senao: 141 - 172.

Sentís: 161 - 166.

Taverés: 153 - 172.

Tuccio: 55 - 149.

Urcelay: 140 - 172.

Velasco: 161 - 172.

Viada: 143 - 144 - 145 - 146 - 159.

Vicente y Carabante: 139 - 172.

Wach: 45.

Wyness Millar: 73 - 123 - 153 -  
163 - 167.

Xirau: 61 - 69.

Zanzucchi: 16 - 134 - 166.

Zubimendi: 143 - 144 - 145 - 146 -  
159.

Indice sistematico.

Indice sistematico.

Sumario. - - - - -	1
Nota previa. - - - - -	3
Premisas.- - - - -	6
<u>Capitulo I. Los incidentes en la practica y en</u> <u>la teoria procesal: "Gangrena procesal".-</u> Mal antiguo y endemico.- Su enfoque teo- rico y practico: dificultades que ofre- cen.- La crisis del proceso base del in- cidente.- Plan del presente trabajo.-Au- sencia de datos historicos.- Bibliogra- fia consultada.- Aspecto moral de la - cuestión.- - - - -	7
<u>Capitulo II. Crisis del proceso: Su elaboración</u> en la doctrina alemana, francesa e italia- na.- Teoria de <u>Carnelutti</u> .- Teoria de - <u>Guasp</u> .- Imposibilidad de un analisis com- parativo entre ellas.- La teoria de la - crisis procesal y nuestro derecho peniti- vo.- - - - -	14
<u>Capitulo III. Teoria de los incidentes: Abundan-</u> cia de datos y carencia de sistematica - sobre la materia.- Concepto del incidente.- Elementos caracteristicos de la cuestión incidental: Anormalidad intrinseca, inter-	

currencia en el proceso, relacionada y diferenciada de la cuestión principal, y pre-  
juzgable. - - - - -

21

#### Capitulo IV. Incidencias, superincidentes y para-

incidentes: Incidentes en sentido lato y en sentido estricto.- Incidencias, incidentes, superincidentes y paraincidentes: Su diferenciación.- Tratamiento procesal de la incidencia.- Superincidentes: Algunos de los más importantes en los procesos de cognición y de ejecución. Paraincidentes.- El paraincidente y el proceso cautelar.- Paraincidentes por falta de intercurrentia, por falta de prejudicialidad y por falta de ambas cosas. - - - - -

29

#### Capitulo V. Clases de incidentes: Clasificaciones

tradicionales.- Clasificación de Mattirolo.- Clasificación de Carnelutti.- Clasificación de Guasp.- Posible concurrencia de varias clasificaciones.- Reflejos de estas clasificaciones en la L.de E.C..- Incidentes de previo y especial pronunciamiento, o, incidentes de previo pronunciamiento, e, incidentes de especial pronunciamiento. - - - - -

37

#### Capitulo VI. El proceso y el procedimiento incidental

incidental: Concepto del proceso.- El proceso incidental: Su naturaleza.- Proceso y pro-

cedimiento: Distintos criterios para su diferenciación.- Procedimientos sin proceso, procesos reencarnados y procedimientos enagenados.- El procedimiento incidental.- Los procesos autónomos con procedimiento incidental en nuestro ordenamiento jurídico.- - - - -

45

### III Problemática. - - - - -

50

Capítulo VII. Sujetos del proceso incidental: El juez del incidente: Su competencia originaria y atractiva.- Posición del juez en el superincidente de recusación.- El Juez de distinta jurisdicción.- actuación conjunta sobre un mismo incidente en los casos de pluralidad de jueces competentes. - Tribunal colegiado y juez delegado.- Legitimación para ser parte en los incidentes.- El tercero procesal en el incidente.- Imposibilidad de su legitimación pasiva.- - - - -

51

Capítulo VIII. Oportunidad y preclusión en su interposición: Clases de procesos y momento procesal de la interposición de los incidentes.- Teoría tradicional.- Teoría de Chiovenda.- Opiniones de Alsina y Freiré.- Distintos criterios de la L. de E.C. según los casos.- Orientación de nuestras leyes procesales posteriores. - - - - -

60

Capítulo IX. Adecuación del proceso incidental al proceso principal: La compatibilidad entre el proceso y el incidente, según Chiovenda.- Los principios de oralidad, de escritura como base de esta materia.- Estado actual de la cuestión en la doctrina



y en las legislaciones.- Tipos de procesos  
orales y escritos en nuestra L.de E.C.. -  
Incidentes escritos en procesos escritos;  
Incidentes orales en procesos orales; in-  
cidentes escritos en procesos orales, e in-  
cidentes orales en procesos escritos.- - -

67

#### Capitulo X. La "cuadratura del circulo" de Carne-

lutti: Planteamiento del problema.- Prece-  
dentes en Mattirolo y repercusión en Prie-  
to.- Dificultad para su resolución.- Pri-  
macia del principio de seguridad en el re-  
sultado.- Prioridad del principio de eco-  
nomia procesal.- El problema según los pro-  
cesalistas españoles.- Soluciones eclec-  
ticas de Mattirolo y de Carnelutti.- La L.de  
E.C. y otras leyes procesales españolas.- -

76

#### Capitulo XI. Incidens incidentis: ¿Cabe el "inci-

dens incidentis"?.- Contestación según la -  
doctrina, la ley y la jurisprudencia.- Apli-  
cación de los distintos criterios a las in-  
ciencias, a los incidentes y a los superin-  
cidentes.- La "perención" de la "perención".-  
Posibilidad del incidente en el parainciden-  
te. - - - - -

85

#### Capitulo XII. Via procedimental adecuada: Importan-

cia de la materialidad de la documentación de  
los actos del proceso incidental.- Mutuas in-  
terferencias entre las documentaciones de los  
actos del proceso y de los actos del inciden-

te: Sus consecuencias.- La incrustación del incidente oral en el proceso oral.- El incidente oral en el proceso escrito y la "audiencia preliminar".- La audiencia preliminar en las legislaciones extranjeras y proyectos españoles.- El incidente escrito en el proceso oral.- La pieza separada. - -

92

Capítulo XIII. La resolución del incidente y su -

eficacia: Concepto, naturaleza y formas de la resolución incidental.- Incidentes sin resolución necesaria e incidentes resueltos por providencia, autos, sentencias, o por auto y sentencia indistintas o conjuntamente. - Momento de su pronunciamiento.- Sentencia interlocutoria y sentencia principal.- Sentencias incidentales declarativas, constitutivas y de condenas.- La cosa juzgada ~~por~~ mal en las sentencias incidentales.- La cosa juzgada material en estas sentencias: Dificultad del problema y variedad de criterio.- Legislación española. - - - - -

99

Capítulo XIV. Costas del proceso incidental: Con-

cepto de costas procesales e incidentales.- Criterios y fundamentos de su imposición.- La repercusión de estos en las costas incidentales.- El criterio del vencimiento y la prularidad de procesos.- Criterio del aplazamiento.- Teorías de Alcalá Zamora y Anas-

tasi.-- Medidas complementarias a su imposición.-- Diferencia entre parte vencida y sujeto obligado al pago.-- Imposición de costas al funcionario.-- El contenido de las costas y los daños y perjuicios procesales.-- Legislación y proyectos extranjeros.-- Legislación española. - - - - -

110

Capítulo XV. Política procesal para los incidentes:

Intentos encaminados a evitar el abuso de los incidentes por el litigante culposo o doloso.-- Ineficacia de las resoluciones casuísticas.-- Imposibilidad de regular la materia mediante el sistema del "proceso elastico" de Calamendrei.-- Fracaso de la solución intentada en nuestro sistema legislativo: Sus causas.-- Nuevo intento en este mismo sentido.-- Máximas fundamentales para una buena política procesal de los incidentes.--

122

Notas al texto. - - - - -

130

Al capítulo I. - - - - -	131
Al capítulo II.- - - - -	134
Al capítulo III. - - - - -	135
Al capítulo IV.- - - - -	139
Al capítulo V. - - - - -	143
Al capítulo VI.- - - - -	146
Al capítulo VII. - - - - -	148
Al capítulo VIII.- - - - -	151
Al capítulo IX.- - - - -	152

Al capitulo X. - - - - -	155
Al capitulo XI.- - - - -	156
Al capitulo XII. - - - - -	157
Al capitulo XIII.- - - - -	159
Al capitulo XIV. - - - - -	161
Al capitulo XV.- - - - -	163
<u>Bibliografia consultada.</u> - - - - -	164
<u>Indice alfabetico de autores citados.</u> - - - - -	173
<u>Indice sistematico.</u> - - - - -	178